

LE
DIVORCE D'ACCORD

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 Mars 1912, à 1 h. 1/2

PAR

Paul KATZ

Président : M. COLIN.

Suffragants : { MM. WEISS,
MEYNIAL, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE
DIVORCE D'ACCORD

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

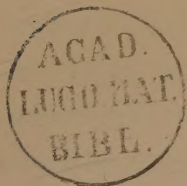
Sera soutenu le Vendredi 22 Mars 1912, à 1 h. 1/2

PAR

Paul KATZ

Président : M. COLIN.

Suffragants : { MM. WEISS, }
MEYNIAL, } *professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

INTRODUCTION

Divorce d'accord, mots dissemblables semble-t-il, et peu faits pour être réunis ! Il pourrait apparaître au premier abord, qu'en parlant de divorce on dût entendre désaccord, lutte. Il n'en est pas toujours exactement ainsi.

Qu'est-ce donc que le divorce ? C'est, suivant la définition courante, « la rupture légale du mariage, du vivant des époux » (Littré).

Mais, cette rupture « légale » peut prendre divers aspects. Le divorce n'implique pas nécessairement une lutte, un combat même courtois, entre deux personnes ; il peut résulter, au contraire, d'un accord entre les époux, accord produit par l'impossibilité de continuer l'existence commune, par suite de l'incompatibilité d'humeur.

Lorsqu'il s'agit d'une rupture du lien conjugal demandée par l'un des époux pour des causes légales et prononcée par les tribunaux, nous désignons ce

fait juridique du nom de divorce. C'est le divorce proprement dit.

Mais la rupture du lien conjugal peut s'accomplir d'une manière différente, sans le secours des tribunaux, pour des motifs que les magistrats peuvent difficilement apprécier et dont les deux conjoints sont seuls juges, c'est-à-dire par l'effet du consentement mutuel. C'est la volonté des futurs époux, consciente et indépendante, qui a formé le mariage. Le mariage est un contrat. Or, dans tout contrat, ce que la volonté commune a eu le droit de faire, une pareille volonté commune, mais contraire, doit pouvoir le défaire. Le divorce aurait lieu par le seul consentement des époux, de même que leur mariage résulte de leur seul consentement.

Tel est le principe du divorce par consentement mutuel. Mais il s'en faut qu'en pratique nous trouvions la réalisation exacte de ce principe.

D'ailleurs, au cours des siècles, les évolutions subies par le divorce sont importantes.

Il y eut des périodes de liberté, d'autres où la licence fut trop grande, et d'autres au contraire où les bornes et les entraves se multiplièrent au point de le faire disparaître complètement.

Nous diviserons l'étude historique des diverses législations sur cette matière, en plusieurs chapitres :

Législations antérieures au Droit romain. — Droit romain. — Coutumes germaniques. — Moyen âge. — Mouvement philosophique du xviii^e siècle, époque de la Révolution. — Le Code civil.

Puis nous exposerons les projets de réforme de la législation du divorce en faveur du divorce d'accord. Nous examinerons l'utilité de cette réforme et nous exposerons les moyens employés dans la pratique pour tourner et pour frauder la loi actuelle.

CHAPITRE PREMIER

PÉRIODE ANTÉRIEURE AU DROIT ROMAIN

LES CIVILISATIONS ORIENTALES

Les civilisations anciennes, très prospères, qui se sont développées dans l'Asie occidentale et en Afrique longtemps avant l'apparition du Christianisme, ont contribué à la formation des civilisations plus durables de la Grèce et de l'Italie. Les arts et les sciences de l'Hellade et de Rome ont leur origine dans le lointain passé des Egyptiens, des Assyriens, des Mèdes et des Perses. Ces peuples, dont les empires avaient déjà disparu au cours des siècles par le hasard des batailles, étaient pour les Latins des initiateurs, car ils représentaient pour eux l'antiquité.

Aux Egyptiens et aux Assyriens, avaient succédé les Mèdes et les Perses, comme maîtres de l'univers. Puis les Grecs, sous la conduite du macédonien Alexandre, enfin les Romains, avaient conquis par les armes la domination de l'Asie. Les Romains, en s'assimilant les peuples vaincus, avaient ainsi créé une

sorte d'unité dans les mœurs de tous les peuples anciens.

La civilisation romaine ayant seule directement contribué au développement de la civilisation française, nous bornerons notre étude à la législation de Rome, concernant le divorce par consentement mutuel.

Disons seulement que dans les civilisations primitives, le divorce par consentement mutuel n'existait pas ordinairement. Le mari, en effet, a des droits omnipotents et, chez les peuples orientaux dont nous avons parlé, le renvoi de la femme fut accordé aux hommes d'une façon générale et arbitraire. « La femme est souvent assimilée à l'esclave dans les lois les plus anciennes » (Gide). En droit babylonien, la femme était vendue au mari (1).

Partout alors le mari seul a le droit de répudiation. En Egypte, le mari peut abandonner sa femme comme et où il le veut. Il ne faut pas s'illusionner sur les préceptes de la loi de Manon des Aryens : « Ne frappez pas, même avec une fleur, une femme chargée de fautes. Partout où la femme est honorée, les divinités sont satisfaites. » Car, si la femme est divinisée, c'est que dans cette législation panthéiste, tout est considéré comme divin... Exclue des offices

(1) Glasson. *Le Mariage civil*.

religieux, la femme l'est également des offices civils. Son incapacité civile est générale et perpétuelle (1).

Moïse avait permis aux Juifs de divorcer, parce que les voyant, les uns par avarice, d'autres par ressentiments des chagrins domestiques, maltraiter leurs femmes, et même chercher à s'en défaire pour se faciliter les moyens d'en prendre de nouvelles plus jeunes, plus belles et plus riches, il crut devoir assurer la paix des ménages, en autorisant le divorce et en l'assujettissant à des formes légales (St. Jérôme, sur le chapitre V de St. Mathieu).

Par contre, les Grecs, et notamment les Athéniens plus civilisés, admettent le divorce par consentement mutuel.

(1) Gide. *Condition privée de la femme*.

CHAPITRE II

SECTION I

LE DROIT ROMAIN

Plusieurs périodes sont à distinguer dans la longue évolution du droit romain depuis la fondation de Rome par les peuplades guerrières du Latium, jusqu'au règne de Justinien, empereur d'Orient. Pendant des siècles, la législation a évolué suivant les mœurs des Romains et des Latins, et sous l'influence des peuples conquis.

Pour la question qui nous occupe, distinguons trois périodes caractéristiques :

Le Droit romain ancien ;

Le Droit romain à l'époque d'Auguste et des Empereurs ;

Le Droit romain de Constantin à Justinien.

I. — LE DROIT ROMAIN ANCIEN

Primitivement, le Latium était peuplé de paysans, soldats valeureux et ignorants dont la législation est

aussi simple que les mœurs et aussi dure que la vie guerrière. L'austérité des mœurs était telle que le chef de famille, le paterfamilias, avait droit de vie et de mort sur ses enfants. Mais, ne nous trompons pas sur la vertu de telles mœurs et de telles lois ; les mœurs patriarcales des anciens Romains étaient celles de barbares, et si de nos jours nous admirons les récits fabuleux rapportés sur cette période, c'est seulement sous l'effet des littérateurs qui ont embelli le souvenir de ces époques lointaines. Comparons la rudesse des mœurs des anciens Romains à celle de certains peuples primitifs qui existent encore à l'heure actuelle, et nous verrons que les différences sont infimes ; nous ne suivrons pas l'exemple de Tacite, comparant les coutumes barbares et celles des peuples civilisés, les Romains.

Quoi qu'il en soit des opinions et des doctrines sur la valeur morale de l'austérité antique, un fait seul doit retenir notre attention : le divorce n'était pas usité à Rome, aux premiers siècles ; à plus forte raison le divorce par consentement mutuel ne pouvait-il exister.

En Italie, la monogamie est aussi ancienne que la fondation de Rome. Or, il apparaît que le principe de la monogamie a son complément naturel dans l'indissolubilité du mariage, car la monogamie avec la faculté de divorce n'est qu'une polygamie successive.

Le mariage est indissoluble dans l'ancienne Rome ; sans doute cette indissolubilité n'est pas interdite par les lois, elle est interdite par la religion et par les mœurs. C'est une union que la mort seule peut rompre, car il est probable qu'à l'origine, la forme la plus ancienne du mariage, la *conferratio*, ne comportait pas le divorce (1).

La prohibition morale et religieuse fut, d'ailleurs, plus efficace que ne l'a jamais été celle des lois. Le divorce n'était pas illégal, mais il était moralement impossible, et tous les auteurs s'accordent à dire, que durant cinq siècles on n'en vit pas d'exemples (2). C'est seulement vers le milieu du v^e siècle que les historiens placent le premier divorce connu, en l'an 447 de la fondation de Rome, celui de Lucius Antonius.

Néanmoins, le mariage pouvait être rompu assez facilement. Tout au moins, le mariage sans *manus* pouvait prendre fin contre la volonté du mari ; le père conservait la puissance sur sa fille. Si même la femme était *sui generis*, c'est à ses caprices que le mari restait exposé, car elle pouvait quitter la maison conjugale. De plus, bien que le mariage soit contracté pour toute la vie, le mari, ou le chef de la communauté peut, en qualité de magistrat domestique,

(1) Esmein dans ce sens.

(2) Aulu-Gelle IV. 3. Denys d'Halicarnasse, II, 25.

chasser la femme coupable, comme il a le droit de chasser un enfant (1). Mais, pour répudier sa femme, il faut que le mari accomplisse des cérémonies analogues à celles qu'il a suivies pour contracter mariage ; il fallait en outre l'avis du conseil de famille, qui devait comprendre les cognats de la femme.

Aussi nous voyons que pendant les premiers siècles de Rome, les divorces étaient peu nombreux et toujours résultaient de la volonté d'un seul. Cela tient à ce que la rigidité des mœurs des premiers Romains faisait considérer le mariage comme sacré et comme éternel

Mais, avec les conquêtes en Afrique, en Grèce et en Asie, les mœurs patriarcales des anciens Romains se modifient profondément. Le luxe des Asiatiques, la vie artistique des Grecs pénètrent jusqu'à Rome ; l'austérité sauvage et barbare des anciens Latins n'est plus de mode en une ville où les arts des Grecs et des Egyptiens font produire des merveilles.

Il règne de l'incertitude chez les auteurs anciens sur le point de savoir à quel moment le divorce fut accordé aux femmes.

Il paraîtrait, par un passage de Plaute, dans sa comédie du *Marchand*, que vers l'an 563 de Rome, le droit de répudier n'était pas encore accordé à la

(1) Cuq.

femme. Mais il est certain que, lorsque la loi eut accordé à la femme le droit d'exercer le *repudium*, il résulta de cette égalité établie entre les deux époux pour demander la dissolution du mariage, la liberté pour eux de se quitter d'un commun accord. Le seul consentement suffit pour faire cesser une union mauvaise. Et cela n'était que de pure logique puisque c'était le seul *consensus* des époux qui avait formé le lien conjugal ; le *contrarius consensus* devait suffire pour le disjoindre.

Il est probable, en somme, que la réciprocité du droit de répudier, c'est-à-dire le divorce proprement dit fut reconnu par la loi des XII Tables. Lorsqu'au v^e siècle, le divorce entra dans les usages, nous voyons la femme le demander aussi bien que le mari. « La faculté de divorce est d'ordre public : on ne peut y renoncer par convention ; les deux époux peuvent toujours en user. » (Coulon).

Le divorce par consentement mutuel fut admis sans qu'aucun acte législatif l'eût introduit. Lorsque la loi des XII Tables eut accordé à la femme le droit d'employer le *repudium*, de cette égalité établie entre les deux époux, pour demander la dissolution du mariage, on fit dériver la liberté pour eux de se quitter d'un commun accord.

Le divorce eut lieu en dehors de toutes les causes déterminées ; le « *solus consensus* » suffit. C'est le

« consensus » de sépoux qui a formé le lien conjugal, le « *contrarius consensus* » suffit (1).

Le principe qui faisait admettre le droit de divorce aux femmes était excellent en lui-même. Certes, l'antiquité n'a pas connu le féminisme tel qu'on le conçoit dans les temps modernes; il faut néanmoins trouver dans une telle évolution le reflet d'une émancipation nécessaire.

Sans considérer nécessairement la femme comme l'égale de l'homme dans tous les actes de la vie publique et privée, il est indispensable qu'elle obtienne certains droits, et parmi ceux-ci nous citerons celui de divorcer.

La conclusion logique à tirer est celle-ci :

Si on admet à chacun des époux le droit de demander le divorce, il n'y a pas de raison pour que ceux-ci ne le demandent pas simultanément. Le droit de divorcer accordé aux femmes a pour conséquence inévitable le divorce par consentement mutuel.

Cette forme du divorce n'est pas encore usitée en France, mais un courant d'opinions nettement favorable prépare les législations futures et l'on peut trouver dans le passé, dans l'histoire du Droit romain, une évolution semblable.

(1) Henri Coulon.

Mais toute bonne législation porte le germe des défauts futurs et se déforme en son application. C'est ainsi que le divorce, tout d'abord peu pratiqué, devint d'une fréquence extrême à Rome.

« Les premiers divorces signalés par les historiens apparaissent au ^v^e siècle.

César répudie sa femme sur un simple soupçon d'adultère, parce que la femme de César ne doit pas même être soupçonnée...

A la fin de la République et au commencement de l'Empire, il était de bon goût de divorcer et de se marier plusieurs fois. Ovide et Pline le jeune se marièrent trois fois, César et Antoine quatre, Cinna et Pompée cinq fois, Tullia, fille de Cicéron, eut trois maris...

Il est facile de comprendre qu'au temps d'Auguste beaucoup de citoyens en étaient arrivés à considérer le mariage comme une calamité et à préférer le célibat. (Henri Coulon.)

Auguste répudia plusieurs épouses.

« Toutes les misères et jusqu'aux monstruosité morales, Rome les a connues pendant plusieurs siècles et surtout au siècle d'Auguste » (1).

Peu de Romains suivaient ce sage conseil des *Nuits attiques* :

(1) Lefebvre.

« Romains, si nous pouvions nous passer d'épouses, assurément nul de nous n'accepterait un si fâcheux fardeau, mais puisque la nature a fait qu'on ne peut pas vivre aisément avec elles, ni vivre sans elles, sacrifions à la perpétuité de notre nation le bonheur de notre courte vie » (1).

Et Juvénal peut dire, en parlant des dames romaines : « Sic fiunt octo mariti quinque per autumnos. »

Sénèque montre aussi le degré de dépravation auquel on était parvenu alors :

« Quelle femme rougit aujourd'hui du divorce, depuis que certaines dames ne comptent plus leurs années par le nombre des Consuls, mais par le nombre de leurs maris ? » (*de Beneficiis*).

On trouve sur les monuments funéraires des inscriptions dans le genre de celle-ci :

« Conjugi piæ, inclitæ, univiræ ». Le fait d'avoir été mariée à un seul homme était un titre de gloire !

Remarquons toutefois que cette dépravation morale dont les historiens anciens nous ont laissé le récit, d'ailleurs peut-être exagéré, ne peut être un argument contraire à la thèse que nous soutenons ; il faut voir dans ce fait historique une simple concomitance d'événements sociaux et non une relation

(1) *Nuits attiques*. Aulu-Gelle.

de cause à effet. C'est surtout le divorce pour causes déterminées et non le divorce par consentement mutuel qui fut une source d'abus dans l'ancienne Rome. Les divorces les plus célèbres se réfèrent tous à cette première procédure et non à la seconde.

Et d'ailleurs faut-il s'affliger de cette prétendue dépravation des mœurs, qui fut l'objet de la haine des chrétiens? Ce n'est voir que l'un des aspects de la question sociale. Il faut bien admettre, au contraire, que dans un Etat où les arts, les sciences et les lettres, la richesse publique lui donnent le plus brillant éclat, on puisse trouver par contre, poussés à l'extrême, les défauts d'une race.

Aussi ne devons-nous pas regretter ce que le génie latin a laissé, au cours des siècles, de gloire et de beauté, malgré la dépravation des mœurs de la société riche de Rome.

SECTION II

**LE DIVORCE A ROME. DE CONSTANTIN
A JUSTINIEN**

Les mœurs dissolues des Romains de l'Empire évoluent à leur tour sous l'influence de nouvelles doctrines étrangères. Peu à peu, la société se transforme, tendant vers un but qui la ramène insensiblement au cours des siècles, au point de départ, c'est-à-dire à l'ignorance primitive. Car, d'une part l'austérité de la morale du christianisme, d'autre part la grossièreté des Barbares, sont semblables à ce que nous connaissons de la Rome primitive. Les peuplades de la Germanie étaient formées par de hardis soldats laboureurs, et la morale chrétienne telle qu'elle fut pratiquée au moyen âge, aboutit à une dureté dont seuls des Barbares pouvaient donner l'exemple.

Certes, nous ne prétendons pas que notre opinion soit généralement admise. Il suffit de lire le Génie du Christianisme, de Châteaubriand, pour connaître dans tout son développement la thèse contraire. Ce-

pendant, nous prétendons admettre que la morale chrétienne, ayant été une œuvre de réaction contre la société païenne, fut mal appliquée par les Barbares.

Nous reviendrons ultérieurement sur cette question. Mais nous ne discuterons pas longuement notre opinion en prenant pour base tous les faits de l'histoire, car une telle étude est en dehors de notre programme. Nous nous cantonnerons à notre sujet en parlant du divorce par consentement mutuel.

En pareille matière, la doctrine de l'Eglise est très sévère. Non seulement le divorce par consentement mutuel n'est pas admis par l'Eglise, mais le divorce est interdit d'une façon absolue.

En effet, toute législation concernant le divorce suppose au préalable une législation conforme du mariage. Toute morale concernant le mariage a pour conséquence une théorie semblable du divorce. Or, le mariage chrétien est très sévère. C'est une œuvre de réaction contre la dissolution des mœurs romaines.

Parlons donc tout d'abord du mariage.

Au point de vue chrétien, celui-ci est un sacrement. Les sacrements sont « des signes visibles de la grâce invisible, établie pour la justification des hommes » (saint Augustin).

Le caractère sacré et sacramentel du mariage

chrétien s'affirme dans les écrits des Pères de l'Eglise : (Lemaire) : « Πρέπει δε τοῖς γαμοῦσι ταῖς γαμουμέναις μετα γυναικὸς τοῦ ἐπισκόπου τὴν ἑνωσιν ποιεῖσθαι, ἵνα ὁ γάμος ᾖ κατὰ θεόν, καὶ μὴ καὶ ἐπιθυμίαν, πάντα εἰς τιμὴν θεοῦ γινεσθω » (1).

De ce principe que le mariage est un sacrement découle cette idée que le mariage religieux est indissoluble. Le mariage symbolise l'Union de Jésus-Christ avec l'Eglise, union qui est perpétuelle, de son essence même. Ainsi, saint Augustin (ch. I, n° 10) va jusqu'à comparer le mariage au baptême dont l'apostasie n'efface pas les effets. La même idée est exprimée par Hincmar, archevêque de Reims, au ix^e siècle, et par tous les principaux canonistes classiques, tels que saint Thomas (2).

Ajoutons que l'indissolubilité du mariage est de droit divin positif; les textes des Evangiles (saint Mathieu, v. 31, 32). (saint Mathieu, XIX, 7, 9), (saint Marc, X, 11, 12), (saint Luc, XVI, 18) défendent le divorce.

Saint Luc, chap. XVI, 18 :

Celui qui renvoie son épouse et en épouse une autre commet un adultère.

Saint Paul :

J'ordonne, ou plutôt c'est le Seigneur qui ordonne par ma bouche, à ceux qui sont unis par le mariage,

(1) St. Clément d'Alexandrie.

(2) M. Chénou.

que l'épouse ne s'éloigne pas de son mari et si elle le quitte, qu'elle reste dans sa maison ou se réconcilie avec son mari. »

A plus forte raison, le divorce par consentement mutuel est-il prohibé. Cela n'est écrit nulle part, dans aucun texte sacré de l'Eglise, mais découle des principes divins. Comment pourrait-on admettre que le divorce puisse avoir lieu suivant la volonté commune des époux, alors que le divorce ne peut être admis par l'Eglise même dans les cas les plus graves, contrairement à la législation civile des Romains ?

Tamen quia supra proposuit regum Dei
Evangelizare, et cum dixisset de lege
Unum apicem non posse cadere, subjecit :
« Omnis qui dimittit uxorem suam et ducit
Alteram, mæchatur. Recte admonet apos-
tolicus dicens sacramentum hoc magnum
esse de Christo et Ecclesia. »

(Saint AMBROISE)

« Deus præcipit non dimitti uxorem
nisi crimine adulterii revictam, ut
nunquam conjugalis fooderis vinculum,
nisi quod perfidia ruperit, dissolvatur. »

(LACTANCE Epitome).

Cependant, il y a eu dans les premiers siècles des divergences d'opinions importantes.

La question s'est posée au point de vue doctrinal de savoir si réellement les Evangiles ont prohibé d'une façon absolue le divorce, ou si au contraire, il n'y a pas une cause majeure de divorce, l'adultère de la femme.

« Aux yeux de tous, le Sauveur voit d'un œil très défavorable le divorce en général, mais la prohibition est-elle absolue ? »

Dans la pensée de quelques interprètes, le divorce est toléré dans un cas unique, à savoir l'inconduite de la femme (donc pas de divorce par consentement mutuel).

Telle est la doctrine d'Asterius, évêque Amasie, de saint Epiphane, de Lactance. Mais la généralité des docteurs, saint Jérôme, saint Jean-Chrysostôme et surtout saint Augustin se prononcent pour l'indissolubilité absolue. C'est la doctrine de l'Eglise catholique ; les Eglises orientales, au contraire, admettent le divorce (1).

Les commentateurs se basent sur un texte de l'Evangile de saint Mathieu :

« Quia omnis qui dimiserit uxorem suam, *excepta fornicationis causa*, facit, eam mœchari, et qui dimissam duxerit, adulterat. »

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur l'in-

(1) Violet.

interprétation de ce texte, il est bien certain qu'il est relatif au divorce par le consentement d'un seul.

Le divorce par consentement mutuel ne fait, comme nous l'avons dit plus haut, l'objet d'aucun verset des Evangiles.

D'ailleurs, en pratique si l'Eglise, dans les premiers siècles, s'est montrée assez tolérante vis-à-vis des gens divorcés, pour gagner à sa cause de nombreux fidèles, par contre, elle n'a jamais admis, en théorie, le divorce par consentement mutuel. Mais l'effort de l'Eglise n'a pas porté précisément sur cette branche du droit, bien plutôt sur le divorce en général.

« Dès les premiers temps du christianisme, l'Eglise paraît avoir professé l'indissolubilité absolue du mariage. Sans doute il se produira pendant longtemps une doctrine opposée, ayant pour elle d'éminentes autorités. Sans doute aussi, pendant des siècles, la pratique ne correspondra pas exactement aux principes posés et laissera la porte assez largement ouverte au divorce. Mais il n'y avait là, je crois, que des opinions divergentes de la pensée commune, des accommodements nécessaires avec la loi civile. (Esmein).

Le principe est formel : Le mariage est indissoluble, donc le divorce, sous quelque forme qu'il se présente, est impossible.

C'est là le principe qui s'est dégagé au cours des siècles et qui a fini par triompher au moyen âge. Il s'en faut toutefois qu'il ait réussi non seulement en doctrine, mais en jurisprudence, à s'imposer au monde romain, dès l'apparition du christianisme sous l'empereur Tibère.

D'abord la religion nouvelle ne se propagea que lentement dans les colonies juives du monde romain. Des persécutions célèbres, notamment sous l'empereur Néron, ont essayé tout d'abord d'arrêter la propagande des néophytes.

Cependant, avec Constantin, dès le début du iv^e siècle, c'est le christianisme qui devient la religion des empereurs, la religion préférée de l'Etat et de la population presque entière...

Le mariage et le droit matrimonial, aux derniers siècles de Rome, ne vont-ils pas grandement s'en ressentir? Oui, sans doute, mais beaucoup moins, dès le Bas-Empire, qu'on pourrait se l'imaginer et qu'il nous sera donné de le constater au moyen âge...

De cette action restreinte du christianisme sur le droit matrimonial romain, trois raisons principales apparaissent :

1^o Le christianisme, en face du droit romain, n'était d'abord qu'une croyance et une doctrine ayant pris naissance bien loin de Rome...

2° Le droit romain avait pour se défendre contre une révolution de son régime conjugal, toute la solidité de ses constructions séculaires.(1).

L'Eglise, impuissante tout d'abord à légiférer en matière de divorce, exerçait cependant sur les Chrétiens une action disciplinaire, exclusion de la communauté, excommunication, pénitences, mais de telles sanctions n'avaient qu'une force morale.

C'est Constantin qui commença la réaction *légale* contre l'abus si invétéré du divorce et de la répudiation, mais les traditions romaines dans le sens du divorce et de la répudiation, étaient trop fortes pour disparaître ainsi tout d'un coup de leurs codes. Si la réaction a commencé sous Constantin, elle est demeurée timide et imparfaite.

D'abord, il est un mode de rupture de l'union conjugale auquel on n'a nullement paré. C'est le vrai divorce au sens propre du mot, par consentement mutuel.

Le *repudium* au contraire, c'est-à-dire la répudiation émanée d'un seul époux va être nettement restreinte par les lois....

.... Tel est resté jusqu'à Justinien le système du Bas-Empire.... Et Justinien conservera dans sa novelle 117 tout le système général de la Constitution de 449 (Lefebvre).

(1) Lefebvre.

Lorsque Constantin édicte les mesures répressives du divorce, il ne dit rien du divorce par consentement mutuel. Celui-ci fut supprimé par Théodore le jeune et Valentinien III (1).

Aboli par Théodore en 439, le divorce « *communi consensu* » fut rétabli par Anastase en 497 (2).

Justinien dans sa novelle XXII, chapitre IV, en constate l'existence, puis quelques années plus tard, au chapitre X de sa novelle CXVII, il le prohibe, sauf dans le cas où les époux se séparent « *castitatis causa* ».

Mais le divorce « *communi consensu* » apparaît de nouveau avec le successeur de Justinien, Justin (Novelle CXL), pour être encore interdit peu après par Léon le Philosophe.

Cette abolition fut définitive.

Le principe nouveau qui domine la matière a été consacré par Constantin et formulé par Théodose II : on doit être plus exigeant pour la dissolution du mariage que pour sa formation ; c'est l'intérêt des enfants qui le commande.

De là il résulte que la répudiation unilatérale ne peut avoir lieu que pour des causes déterminées par la loi, sinon le conjoint, qui a déterminé la rupture du mariage, est sévèrement puni ; si c'est la femme,

(1) Novelle XVII de Théodose et Valentinien.

(2) L. 9 au Code. *Titre du Divorce*.

elle perd sa dot et la donation *ante nuptias*, que le mari lui a faite ; elle ne peut se remarier avant cinq ans ; si c'est le mari, il rend la dot et perd la donation.

Le droit de répudiation subsiste en théorie, mais son exercice est restreint par la crainte des pénalités édictées par la loi.

Seul le divorce bone gratia (par consentement mutuel) est admis sans réserve, mais la femme ne peut se remarier avant un an (1).

(1) Cuj.

CHAPITRE III

LES COUTUMES GERMANIQUES ET LE MOYEN AGE

Nous avons vu au chapitre précédent que si au début du Christianisme, le droit romain continue à subsister, les lois nouvelles des empereurs commencent à le modifier peu à peu. Ce n'est pas une abrogation complète et subite des lois de la République et de l'Empire, mais une évolution lente qui a son aboutissement lors des invasions des barbares dans l'Empire romain.

Lorsque ceux-ci, définitivement fixés dans les provinces, eurent morcelé l'Empire en de nombreux royaumes distincts et rivaux, le droit romain, subissant l'influence des coutumes germaniques, forma un droit nouveau, nettement distinct. D'autre part, les barbares s'étant convertis au Christianisme, la religion devint prépondérante et imposa à ces barbares, soldats grossiers, la supériorité de sa science et de sa morale.

Résumons en disant que le droit nouveau a pour

origines le droit romain, le droit canonique, les coutumes germaniques. De ces trois sources, c'est le droit canonique qui devint prépondérant; au x^e siècle il se substitua même complètement au droit civil, notamment en matière de mariage et de divorce.

Disons dès maintenant que le Droit canonique, se basant sur le principe de l'indissolubilité du mariage, prohibe d'une façon absolue le divorce par consentement mutuel, et même tout divorce en général.

Mais étudions préalablement l'évolution du droit qui aboutit au x^e siècle à cette prohibition absolue.

En effet, l'Eglise qui, aux siècles précédents, a eu à lutter contre la toute-puissance des pouvoirs civils à Rome, a en face d'elle, après la disparition du monde romain, de nouveaux peuples ignorants et sauvages, mais plus énergiques. Leur vitalité sociale entre forcément en lutte avec le pouvoir spirituel des prêtres, et si ceux-ci, au cours des siècles finissent par triompher, ce n'est que par une lutte morale décisive mais lente.

« L'Eglise commença par combattre l'idée des barbares, qui voyaient dans le mariage une sorte de vente.

« Si puella deturalieni viro et ibi dicat eam invenisse corruptam, ipso debet affirmare se esse in corruptam, juramento quinque hominum, id est patris et

matris, fratrīs et sororis et suo proprio (Leges Walliæ, liber II, § 38). L'Eglise admit que le mariage serait formé, même comme sacrement, par le seul échange des volontés des parties. Le consentement devint la condition essentielle du mariage. L'Eglise... parvint.. à retirer au mariage son caractère originaire, celui d'un acte purement civil (1). »

Mais, la lutte de l'Eglise contre les institutions des barbares concernant le divorce fut plus lente et plus difficiles.

Le divorce par consentement mutuel était permis avec la plus grande facilité chez les Barbares ; on ne l'avait soumis à aucune condition et chaque époux promettait même à l'autre de lui payer une somme s'il attaquait le divorce. Les Barbares conservèrent cette forme de divorce, même après leur conversion au christianisme Marculfe nous a rapporté une formule de divorce par consentement mutuel :

« Id circo dum et inter illo et conjugue sua... discordia regnat... placuit utriusque voluntas ut se a consortio separare deberent. Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfirmare decreverunt, ut unus quisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio, aut ad copulam matrimonii se sociare voluerit, licentiam habeat. »

(cité par Glasson)

(1) Glasson.

Nous en trouvons un exemple plus intéressant : la loi des Burgondes :

« Consensu utriusque partio repudium dari et matrimonium posse dissolvi » (titre 21, ch. 1).

Car il s'agit là, comme on le voit, du divorce par consentement mutuel, sous le nom de repudium.

Mais ce n'est pas seulement le divorce par consentement mutuel, mais la répudiation et le divorce en général qui sont permis dans les coutumes gauloises ou germaniques.

César, en parlant des Gaulois, ne cite d'autre cause de dissolution du mariage, que le décès de l'un des conjoints... Pourtant.. les pouvoirs les plus absolus étaient concentrés dans les mains du mari, qui avait droit de vie et de mort sur ses enfants. Cette véritable dictature se concilie difficilement avec l'incapacité de répudier sa femme.

...(chez les Germains), le divorce était à peine connu, et l'adultère excessivement rare. . Lorsque les tribus germanes envahirent la Gaule, les mœurs pures et austères se perdirent peu à peu au contact de la civilisation raffinée des cités latines. A peine établies sur le territoire de l'empire, la pratique du divorce devint d'un usage général parmi les peuplades conquérantes (1).

(1) Combier.

« Ils se contentent d'une seule femme, à l'exception de quelques grands qui en prennent plusieurs, non par dérèglement, mais pour ajouter à leur noblesse par ces alliances » (1).

Après le divorce, les époux peuvent se reprendre tant qu'ils sont libres chacun de tout lien conjugal ; les lois galloises contiennent même une disposition curieuse :

« Si quis dimiserit uxorem suam et postea eum facti paenituerit, et illa a primo libera alteri data sit, si potest prior vir eam habere (2).

La loi des Alamans admet la répudiation : « sed amor de alia eum adduxit ut illam dimississet ».

Voilà une curieuse disposition législative. En effet, l'amour y est indiqué comme la seule cause légale de divorce. Et ceci nous fait songer incidemment à la proposition célèbre d'un écrivain moderne qui avait proposé, lors de la réforme du Code civil, qu'on introduisit le mot « amour » dans les obligations légales des deux conjoints.

L'Eglise est donc bien forcée, tout en condamnant en principe le divorce et surtout le divorce par consentement mutuel, de faire de larges concessions. Nous en voyons la trace dans les *libri penitenciales*.

Les *libri penitenciales*, sont rédigés par des ecclé-

(1) Tacite.

(2) Glasson. (*Lois galloises*).

siastiques en vue de la pratique ecclésiastique.

« Vir et mulier in matrimonio.. tamen omnino consensu amborum separentur. » (Capitulæ Theodori, p. 155, C. C. XI).

« Legitimum conjugium non licet separari, nisi fuerit consensus amborum. » (Penitenciales Merseburgense, C. CXXIII).

« Legitimum conjugium non licet separari sine consensu amborum » (1).

« Legitimum conjugium non licet separare sine consensu amborum » (2).

Ce sont ces vestiges des anciennes coutumes germaniques que l'Eglise, devenue prépondérante à la faveur de l'abaissement et du morcellement du pouvoir civil, va faire disparaître en son droit canonique.

Dans le concile de Frioul, de 796, on trouve exposée avec démonstration à l'appui, la doctrine d'après laquelle le mari, après avoir répudié sa femme adultère, ne peut contracter un nouveau mariage. Les épîtres des papes concordent avec les décisions des conciles et la doctrine.

Dans les Capitulaires de Baluze ; désormais le second mariage d'un conjoint est interdit du vivant de l'autre :

(1) Penit. Theodori, II, 12. § 7.

(2) Canones Gregorii.

« Quia maritus mulierem suam non debet dimittere (1). »

« Matrimonii vero vinculum ab ipso Ecclesiæ capite rerum omnium conditore ipsum in paradiso et statu innocentiae instituyente unionem et indissolubilitatem acceperit (2). »

« La loi et l'Assise commandent et disent que, puisque l'Ome et la Feme se sont prins par mariage, ils ne se peuvent partir par aucun jour de leur vie, si ce n'est par mort ou non (3). »

« Quoniam a principio conditionis humanæ naturali institutione conjugium constat esse sanctum, nullum credo posse fieri divortium nisi causa interveniat quam Lex admittit aut Evangelium (4). »

Mais, étudions maintenant les mœurs de cette société, dont les principes étaient si austères. Quelle était la mentalité des gens de cette époque ? Si l'on considère les historiens les plus impartiaux, on est bien forcé de conclure que la rigidité des mœurs n'empêchait pas l'ignorance et la barbarie des peuples. Il n'y avait pas d'effort réel vers un idéal social, car les barbares s'étaient mal assimilés les doctrines morales des Chrétiens de Judée.

(1) Baluze I, p. 159.

(2) Constitution de Boniface VIII, c. un. VI^o De voto, III. 15.

(3) Assises de Jérusalem, XI^e siècle.

(4) Vèpres de Chartres, Ép. CCXXX.

L'affirmation des principes moraux les plus austères concomitante des pires atrocités, l'unité morale dans l'Église n'empêchaient pas l'anarchie sociale.

Le régime féodal morcelait la France entière en une multitude de petits états, en réalité indépendants les uns des autres, qui se faisaient perpétuellement la guerre.

« Les vassaux d'un même seigneur étaient pairs ou égaux entre eux, et ils composaient la Cour de justice, de laquelle il était permis d'appeler à la Cour du suzerain supérieur. Les formalités n'étaient ni longues ni difficiles. Si les parties ne pouvaient s'entendre, le combat judiciaire ou duel en champ clos, décidait de la justice et de la vérité. Le vaincu était nécessairement le coupable ; quand une des parties était une femme, elle pouvait se faire remplacer par un champion. » (Duruy.)

Voilà quelle était la justice de cette époque.

« Au ^x^e siècle, la France était couverte d'une multitude de fiefs qui formaient chacun un état ayant sa vie propre, et son chef. Ce chef avait des sujets. Il y a d'abord les serfs ou mainmortables. La condition des serfs était à l'origine très misérable... Le serf ne peut quitter la terre de son maître... Tout appartenait au seigneur.

« C'a été un temps bien dur pour le pauvre peu-

ple que ce Moyen Age où, malgré toutes les formules et les conventions, les nobles ne croyaient qu'au droit de l'épée... cantonnés dans des châteaux forts... les seigneurs féodaux n'aimèrent que les combats et ne connurent d'autre moyen de s'enrichir que le pillage. » (Duruy.)

Il n'y avait aucune sécurité pour les propriétés ; quelqu'un était-il regardé comme riche, c'était un motif suffisant pour le jeter en prison, le retenir dans les fers et lui faire subir de cruelles tortures... Les villes et les places fortes n'étaient pas même à l'abri de ces calamités ; des sicaires en rendaient les rues et les places dangereuses pour les gens de bien. (Guillaume, évêque de Cyr, cité par Duruy.)

« L'absence de commerce et d'administration faisait souffrir le moyen âge... Autrefois, rien ne pouvait parer aux intempéries des saisons, toute récolte médiocre amenait la disette, toute disette, la famine. » (Duruy.)

Que conclure d'une pareille époque ? Sinon que les institutions mal coordonnées, trop dures, mais survivant aux coutumes anciennes des barbares, étaient en réalité l'affirmation perpétuelle de la force.

Les serfs étaient en perpétuel esclavage. Le mariage lui-même, indissoluble, était l'affirmation de l'arbitraire et de la force.

CHAPITRE IV

MOUVEMENT PHILOSOPHIQUE DU XVIII^e SIÈCLE

Nous avons vu jusqu'à présent l'église victorieuse devenir prépondérante dans l'État et imposer son dogme, sa morale, enfin son droit au monde civil. Cette période qui, comme nous l'avons dit, trouve son plein développement au x^e siècle, s'arrête au xvi^e siècle, où elle va trouver dès cette époque une première résistance, qui ne sera pas sa plus grande cause de faiblesse dans l'avenir : la Réforme.

La théorie du mariage formulée au xiii^e siècle, avait soulevé des critiques assez importantes, surtout au xvi^e siècle, et après l'apparition de la Réforme protestante.

Luther et Calvin étaient d'accord pour s'attaquer à la base canonique du mariage : son caractère sacramentel.

Niant ce caractère, les réformateurs en concluaient logiquement que l'Église n'avait ni le pouvoir de légiférer, ni le pouvoir de juger des causes matrimo-

niales. En le faisant, elle empiétait sur le pouvoir séculier duquel le mariage relevait exclusivement. C'est ce double résultat que l'on vit se produire dans les pays protestants.

A l'époque de la Réforme, les protestants rétablirent le divorce et, de nos jours ils l'autorisent. Le Christ, disent-ils, n'a rien dit du divorce *par consentement mutuel*, ni du divorce pour causes déterminées, et il n'a entendu prohiber ni l'un ni l'autre.

Le principe ancien de l'indissolubilité du mariage se maintint dans les pays catholiques, sous l'influence du Concile de Trente.

« *Le Divorce* n'était admis sous aucun prétexte ; mais suivant la doctrine consacrée par le Concile de Trente, chaque époux était autorisé à rompre par sa seule volonté le mariage *non consumé*, à la condition de renoncer à la vie civile et de se retirer dans les ordres. » (Glasson.)

C'est le Concile de Trente qui supprima définitivement les derniers vestiges du divorce.

A partir du XIII^e siècle, le mariage consommé ne peut plus être rompu que pour entrer dans un monastère ou vivre dans une continence parfaite .. Le Concile de Trente confirma ces principes.

Mais un nouveau mouvement philosophique beaucoup plus redoutable devait bientôt se manifester en France.

A la fin du règne de Louis XIV, la France se trouva épuisée par des guerres malheureuses et la misère fut générale. Le règne de Louis XV, par sa faiblesse, ses abus, ses scandales, est la cause nécessaire à toute rénovation philosophique. Ce n'est plus une période de littérature poétique et dramatique, comme à l'époque classique du règne de Louis XIV, mais une suite de luttes violentes ou secrètes.

Quant au divorce, son introduction n'a jamais été demandée par les juristes (Y. Pothier). Ce sont les philosophes qui, les premiers, ont proposé de supprimer l'indissolubilité du mariage.

Selon Diderot (supplément au voyage de Bougainville), le mariage perpétuel est un abus ; c'est la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme.

Il estime que la pudeur, comme le vêtement, est une invention et une convention et sa doctrine est partagée par les autres philosophes (*Mémoires de M^{me} d'Epinay*, Conversation avec Duclos et St-Lambert chez M^{lle} Quinault. — Rousseau, *Confessions*, 1^{re} Partie, livre V. — *Mémoires de Diderot*, Lettres à M^{lle} Volant III, 66) (1).

Si le divorce est conforme à la nature, il ne l'est que lorsque les deux parties, ou au moins l'une

(1) Glasson.

d'elles, y consent (Montesquieu, *Esprit des Loïs*, 16, 3.)

« Il ne faut pas s'étonner si l'on voit chez les Chrétiens tant de mariages fournir un si petit nombre de citoyens. Le divorce est aboli ; les femmes ne passent plus, comme chez les Romains, dans les mains de plusieurs maris, qui en tiraient, dans le dernier cas, le meilleur parti qui en était possible. Il est assez difficile de faire comprendre la raison qui a porté les chrétiens à abolir le divorce. Le mariage, chez toutes les nations du monde, est un contrat » (1).

Nous voyons ici germer l'idée qui sera développée plus tard, lors de la Révolution, suivant laquelle le mariage est un acte purement civil susceptible, comme tout contrat, d'être résilié du commun accord des parties.

« Les lois civiles d'aujourd'hui, malheureusement fondées sur le droit canonique, nous privent des droits de l'humanité... Je jette les yeux sur tous les peuples de la terre, il n'y en a pas un seul, excepté le peuple catholique romain, chez qui le divorce et un nouveau mariage ne soient un *droit naturel*. » (Voltaire.)

Voici le droit naturel qui est une autre cause de divorce. Malheureusement le principe est, dans une petite élite de la Société, le prétexte à légitimer tous les excès. C'est la cour de Louis XV qui donne l'exemple de tous les scandales.

(1) Montesquieu. *Lettres persanes*.

La morale des sexes semble bien lourde à des hommes de plaisir, aux compagnons de Richelieu, de Lauzun et de Tilly, aux héros de Crébillon fils, à tout ce monde galant et libertin pour qui l'irrégularité est devenue la règle. Nos gens de bel air adoptent sans difficulté une théorie qui justifie leur pratique. Ils seront bien aises d'apprendre que le mariage est une convention et un préjugé. Ils applaudiront Saint-Lambert lorsqu'à son souper, levant un verre de champagne, il proposera le retour à la nature et les mœurs d'Otaïti (1).

Ne tirons pas de cette citation des conclusions autres que celle-ci : les excès d'une faible minorité ne sont pas une raison déterminante pour arrêter l'accomplissement des réformes nécessaires. La civilisation moderne doit bénéficier de lois assez larges, cadrant avec son prodigieux développement.

Le divorce n'était pas encore permis dans l'ancienne France de Louis XV et de Louis XVI, mais les mœurs le préparaient. C'est à la Révolution qu'il appartenait de réaliser les théories nouvelles.

(1) Taine. *Les origines de la France contemporaine*, p. 872.

CHAPITRE V

ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

Le mouvement philosophique commencé au xviii^e siècle en France a son aboutissement dans la Révolution française. C'est de Montesquieu, de J.-J. Rousseau que les hommes de la Terreur s'inspireront pour reconstituer la Société sur de nouvelles bases. Or, la philosophie matérialiste et sensualiste du xviii^e siècle, réagissant par sa morale nouvelle contre les doctrines trop austères du christianisme du Moyen Age, il est tout naturel que la législation révolutionnaire en matière de mariage et de divorce soit complètement opposée aux lois anciennes.

Il semble que jusqu'à ce moment, les femmes aient échappé à l'attention des législateurs ; « les verrons-nous plus longtemps victimes du despotisme des pères et de la perfidie des maris... Non, messieurs, nous voulons que toutes les unions reposent sur le bonheur

et nous parviendrons à ce but en disant que le divorce est permis » (1).

Evidemment, l'auteur considère le droit à la liberté individuelle comme la source nécessaire de tous les biens, ce que tous les auteurs modernes appellent pompeusement le droit au bonheur. Le principe est probablement vrai, si on ne l'exagère pas dans un égoïsme trop personnel, car suivant l'idée de la Révolution, la liberté de chacun finit là où commence la liberté d'autrui.

Mais ce n'est pas la seule raison qui a poussé les législateurs révolutionnaires à insérer le divorce dans nos lois.

Le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre le divorce, c'est la liberté des cultes ; il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent ; la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user (2).

Nous avons vu en effet plus haut que les protestants admettent le divorce. Or, ceux-ci étaient nombreux en France à l'époque révolutionnaire, malgré les persécutions dont ils avaient souffert depuis Louis XIV. (Révocation de l'Edit de Nantes.)

Cependant, malgré l'affirmation du principe (liberté

(1) Aubert-Dubayet, député, sur l'initiative de qui fut votée la loi de 1792, à l'Assemblée Législative.

(2) Portalis, cité dans Laurent, *Principes de D. Civil.*

des cultes, droit au divorce), les réformes ne furent pas accomplies brusquement.

L'Assemblée constituante, composée en grande majorité d'hommes instruits et éclairés, n'aborda point ouvertement la question du divorce, elle se contenta de suspendre l'émission des vœux monastiques et de décréter la constitution civile du clergé. Elle se sépara le 30 septembre 1790, pour laisser la place à l'Assemblée législative. Ce fut cette assemblée qui, après avoir sécularisé le mariage dans la célèbre constitution de 1791, devait voter cette loi du 20 septembre 1792 qui, pour la première fois, établissait officiellement le divorce (1).

La loi du 20 septembre 1792 reconnaissait trois causes principales de divorce : 1° Le consentement mutuel ; 2° l'incompatibilité d'humeur et de caractère ; 3° des causes déterminées au nombre de 7, savoir : 1° la folie, démence ou fureur de l'un des époux ; 2° sa condamnation à des peines afflictives et infamantes ; 3° les crimes, sévices ou injures graves commis par l'un des époux envers l'autre ; 4° un dérèglement des mœurs notoire ; 5° l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant 2 ans au moins ; 6° l'absence de l'un des conjoints sans nouvelles pendant un minimum de

(1) Mallet, thèse, p. 50.

5 ans, auxquelles il convient d'ajouter une cause toute transitoire, l'émigration dans les cas prévus par la loi et notamment le décret du 8 avril 1792 (Art 1, 2 et 3) (1).

Mais, nous ne parlerons pas en général du divorce, tel que l'a compris la loi du 20 septembre 1792. Nous ne citerons que les textes qui concernent le divorce par consentement mutuel :

Loi du 20 septembre 1792

§ 1, Art. 2. — Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux.

§ 2, Art. 1. — Le mari et la femme qui demanderont conjointement le divorce seront tenus de convoquer une assemblée de six au moins des plus proches parents....

Art 4. — Les deux époux se présenteront en personne à l'assemblée. . . Les parents. . . leur feront les observations. . . qu'ils jugeront convenables. . . il sera dressé.... un acte contenant que les parents... n'ont pu les concilier.

Art. 5. — Les époux pourront se présenter devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage, et, sur leur demande, l'officier public sera tenu de prononcer leur divorce *sans entrer en connaissance de cause*....

(1) Fuzier-Hermann.

On voit par cette citation que le divorce par consentement mutuel était assimilé, quant au fond et quant à la forme, à un contrat de droit civil. C'est ce que nous avons dit au début, dans notre introduction.

C'est la théorie pure du divorce par consentement mutuel et l'application du principe de la constitution du 3 septembre 1791 :

La constitution du 3 septembre 1791 déclare dans son article 7, titre 2 :

La loi ne considère le mariage que comme contrat civil (1).

Malheureusement, le principe bon en lui-même devait déterminer en pratique de fâcheuses conséquences.

La loi du 20 septembre 1792 n'avait pas pu tout prévoir, et il fallut la compléter par des dispositions postérieures qui, loin de restreindre le divorce, s'efforcèrent de le faciliter encore davantage. Ainsi, on se plaignait que les tribunaux de famille chargés de statuer sur les contestations entre époux divorcés et relatives, par exemple, à l'éducation des enfants et aux biens des époux, laissassent traîner les affaires en longueur ; pendant ce temps, le mari dissipait trop souvent les biens laissés à sa disposition. Pour mettre un terme à ces abus, une loi du

(1) Glasson. Divorce.

8 nivôse an II ordonna aux tribunaux de famille de statuer dans le mois de la demande. On ne tarda pas à constater les effets déplorables de ces lois. La licence des mœurs ne connut plus de bornes. Chose remarquable, le divorce produisit les mêmes effets qu'autrefois à Rome : il fut inutile ou dangereux, inutile dans les campagnes où les paysans refusèrent d'y recourir, dangereux dans les grandes villes, où l'on se hâta d'en abuser. A Paris, dans les 27 mois qui suivirent la promulgation de la loi de 1792, les tribunaux prononcèrent 5994 divorces et, en l'an VI, le nombre des divorces dépassa dans la capitale celui des mariages.

Ceci n'est cependant pas une preuve de l'influence néfaste du divorce par consentement mutuel. D'abord, les lois les meilleures ne peuvent donner de bons résultats, si elles ne trouvent pas un état social sain où se développer. Or, la tourmente révolutionnaire, par l'exagération de toutes les théories mises en pratique, n'est pas une période de l'histoire où il faille trouver un enseignement efficace.

Par exemple, on conteste peu de nos jours les bienfaits de la représentation nationale. Or, celle-ci, à cette époque, donna lieu aux excès de la Terreur et aux crimes des Jacobins. Il n'est pas étonnant de constater que le divorce par consentement mutuel fut mal appliqué.

CHAPITRE VI

LE CODE NAPOLEÓN

Le Code civil est une œuvre de réaction contre la tourmente révolutionnaire. Le premier consul devient dictateur et rétablit la paix publique, si profondément troublée depuis 1789. Il va plus loin, il pactise avec les partisans de l'ancien régime, il signe le Concordat :

« La religion catholique, apostolique et romaine sera librement exercée en France ; son culte sera public... » (Art. 1 du Concordat)

Mais ce retour en arrière n'est pas définitif ni absolu. L'Empereur, dont le pouvoir est issu du pouvoir républicain, doit s'inspirer également des principes révolutionnaires. L'œuvre législative de l'Empire est donc placée dans une situation intermédiaire entre les deux extrêmes. Le divorce par consentement mutuel est maintenu, mais considérablement restreint.

D'une part, le divorce par consentement mutuel,

ou même le divorce en général, est considéré comme un mal

Savoye Rollin, au Tribunat :

Vous n'avez pas voulu qu'il (le divorce) pût rompre le principe du mariage...

Discours de Treilhard au Corps Législatif :

Le divorce en lui-même, ne peut pas être un bien, c'est le remède d'un mal...

D'autre part, le divorce par consentement mutuel est permis.

Art. 233 du C. c. :

Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce.

Les formalités sont nombreuses et rendent en pratique le divorce par consentement mutuel à peu près impossible. De fait, ce genre de divorce fut à peu près ignoré.

CODE CIVIL DE 1804 :

Du divorce par consentement mutuel.

Art. 275. — Le consentement mutuel des époux

ne sera point admis si le mari a moins de 25 ans ou si la femme est mineure de 21 ans.

Art. 276. — Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage.

Art. 277. — Il ne pourra plus l'être après 20 ans de mariage ni lorsque la femme aura 45 ans.

Art. 278. — Consentement des parents, suivant l'article 150 (inventaire et estimation des biens respectifs).

Art. 280. — Garde des enfants, résidence de la femme, pension alimentaire.

Art. 281. — Les époux se présenteront ensemble et en personne, devant le Président du tribunal civil de leur arrondissement...

Art. 282. — Le juge fera.. telles exhortations... qu'il croira convenables...

Art. 283. — (Nombreuses formalités, présentations de) : 1° les actes de leur naissance et celui de leur mariage ; 2° les actes de naissance de tous les enfants nés de leur union ; 3° la déclaration authentique de leurs pères et mères portant qu'ils autorisent.

Art. 284. — Les notaires dresseront procès-verbal...

Art. 285. — La déclaration ainsi faite sera renouvelée dans la première quinzaine de chacun des 4°, 7° et 10° mois qui suivront, en observant les mêmes formalités...

Art. 286. — Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux assistés chacun de deux amis, se présenteront devant le Président du Tribunal...

Art. 287 et s. — (L'affaire est portée devant le tribunal).

Art. 290. — Le tribunal... s'il résulte que, dans l'opinion du tribunal, les parties ont satisfait aux conditions et rempli les formalités déterminées par la loi, admettra le divorce (ou) déclare qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce.

CHAPITRE VII

LOI DE 1816 ET LES PROJETS POSTÉRIEURS

Cette législation dure jusqu'à la chute de l'Empire. Le retour des Bourbons est une restauration complète du passé.

En 1816, les articles du Code civil, relatifs au divorce (et non pas seulement ceux relatifs au divorce par consentement mutuel) sont supprimés.

C'est le retour au principe de l'indissolubilité religieuse.

« Une union formée par l'Eglise ne doit pas pouvoir être détruite par les hommes. » (Trinquelongue).

Désormais, la législation du divorce va suivre les hasards des changements de régime en France. A chaque tourmente révolutionnaire, de nouveaux efforts sont tentés pour rétablir le divorce par consentement mutuel.

Notamment, en 1831, après la Révolution de Juillet, une proposition de loi de M. Schonen a pour but de rétablir les articles du Code civil abrogés.

Donc le divorce par consentement mutuel serait de nouveau permis.

Proposition de la loi de M. de Schonen :

Art. 1^{er}. — La loi du 8 mai 1816 qui abolit le divorce est rapportée.

Art. 2. — Les dispositions du titre VI du livre I du Code civil reprennent, à dater de la présente loi, leur force et leur vertu.

Cette proposition fut prise en considération, dans la séance du 18 août 1831, après un discours de son auteur auquel personne ne répliqua. Elle revint devant la Chambre pour la discussion du fond dans les séances du 9, du 13 et du 14 décembre. Rejetée par la Chambre des Pairs, qui était cléricale, la proposition fut reprise en 1832 par M. Bavout, qui la présenta à la Chambre dans ces termes, dans la séance du 22 décembre :

Article unique. — Les dispositions du Code civil sur le divorce seront rétablies ; en conséquence, la loi du 8 mai 1816 est abrogée.

De nouveau rejetée par la Chambre des pairs, la proposition fut encore reprise par M. Bavout en 1833. Mais la Chambre des pairs ne voulut rien entendre et rejeta une troisième fois la proposition. M. Bavout, avec une constance digne de plus de succès, la reprit une dernière fois en 1834, dans la séance du 24 jan-

vier. La Chambre des pairs rejeta encore la proposition (1).

En 1848, pendant la nouvelle révolution, la question fut reprise.

Projet de loi :

Art. 1^{er}. — La loi du 8 mai 1816 est abrogée.....
Ce projet fut retiré du bureau de l'Assemblée constituante, le bureau s'étant montré défavorable. Mais il était donné aux législateurs de la troisième République de restaurer le divorce qui jusqu'alors n'avait pu être admis dans les lois depuis 1816.

C'est dans la séance de la Chambre des députés du 6 juin 1876 que M. Naquet déposa pour la première fois une proposition de loi tendant à rétablir le divorce. Sur le rapport de M. Constans, la Chambre des députés, dans la séance du 4 décembre 1876 refusa de prendre la proposition en considération.

M. Naquet ne se découragea pas et dans la séance du 21 mai 1878 il déposa une nouvelle proposition relative au divorce ; mais la Chambre, dans la séance du 27 mai 1879, prit la proposition en considération. La proposition fut repoussée dans la séance du 8 février 1881 par 247 voix contre 216.

M. Naquet dépose de nouveau sa proposition le

(1) Henri Coulon, au sujet de la proposition de loi de Schonen en 1834. Le Divorce 1902.

11 novembre 1881. M. de Marcin, au nom de la Commission d'initiative parlementaire, déposa le 26 novembre 1881, un rapport sommaire favorable à la prise en considération, qui fut votée le 10 décembre 1881. La Chambre procéda à la discussion dans les séances des 13, 15, 17 et 19 juin 1882 et adop'ta dans la séance du 19 juin, par 331 voix contre 138 sur 490 votants, une proposition de loi tendant à rétablir le divorce.

Cette proposition fut transmise au Sénat le 27 juin 1882. Le Sénat l'adoptait avec modification dans sa séance du 24 juin 1884. Transmise à la Chambre le 30 juin 1884, la proposition, amendée par le Sénat, fut l'objet d'un rapport. Conformément à ses conclusions, le texte voté par le Sénat fut adopté par la Chambre dans la séance du 9 juillet 1884 par 355 voix contre 115 sur 470 votants.

Voici le texte de la loi nouvelle, inséré dans les articles du Code civil :

Art. 229. — Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

Art. 330. — La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.

Art. 231. — Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'entre eux envers l'autre.

Art. 232. — La condamnation de l'un des époux

à une peine afflictive ou infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce.

Le divorce, tel que le comprend le législateur de 1884, est donc un divorce pour causes déterminées. Sans doute, la jurisprudence a admis par la suite dans les excès, sévices, injures graves, des cas nombreux qui rendent le divorce de plus en plus facile. Néanmoins, le principe est le même : les tribunaux ont seuls pouvoir d'apprécier la valeur des causes du divorce ; le consentement mutuel n'est pas admis. Il y a donc là une lacune grave de nos lois, que de nos jours on tend à faire disparaître.

..... Il est certain que, si le Code civil a exclu le consentement mutuel comme cause de divorce, la jurisprudence lui restitue cependant par voie détournée la place que le législateur s'était formellement refusé à lui réserver, les excès, sévices, injures graves étant des causes facultatives dont l'appréciation a été laissée par la loi au magistrat. C'est alors qu'apparaît le rôle prétorien de la jurisprudence : elle reprend ici toute son indépendance Elle a facilement accepté la simulation des causes de divorce (1).

Nous étudierons, d'ailleurs, au chapitre IX, le rôle

(1) Russe, thèse, p. 167. *Interprétation jurisprudentielle des causes du divorce admises en 1884.*

important de la jurisprudence en cette matière. Passons, auparavant, en revue les différents projets proposés depuis le rétablissement du divorce dans notre Code.

CHAPITRE VIII

PROPOSITIONS DE LOIS POSTÉRIEURES A 1884

Depuis 1884, de nombreuses propositions de lois ont été déposées à la Chambre pour modifier la législation en faveur du divorce par consentement mutuel. De même, des auteurs connus se sont occupés de la question dans des livres renommés. Ils ont cherché à démontrer les avantages que feraient naître la résurrection d'une institution dont l'antiquité n'a eu qu'à se louer et les importants progrès qu'elle fait dans la législation contemporaine. Ainsi les ouvrages de MM. Paul et Victor Margueritte en 1900 et 1902. Ils y développent les idées nouvelles concernant le divorce.

• .. Tout un parti, celui du passé, voudrait nous ramener, nous condamner à cette séparation de corps qui, tolérable à qui l'accepte, est pour celui à qui on l'impose l'infliction la plus tyrannique et la plus immorale.....

Vains efforts, les idées marchent, les lois se trans-

forment. L'heure sonnera de l'affranchissement complet, logique et humain du divorce ...

..... Qui dit mariage, dit possibilité de divorce. Là est le principe vraiment humain, vraiment social...

.... Ce n'est pas le bon, le paisible, l'honnête mariage qu'on vise, c'est l'union empoisonnée, la geôle dont on veut briser la porte de fer. » (1)

Sans parler de l'adultère, des excès, sévices, injures, l'incompatibilité d'humeur peut rendre l'existence intolérable. Il arrive parfois que les fiancés ne se connaissent pas, ou peu !

Notre droit moderne a condamné comme contraire aux mœurs, les contrats personnels ; on ne saurait se vendre à titre d'esclave, prononcer au couvent des vœux éternels ; il ne subsiste plus de nos jours de ces contrats personnels abolis, que l'engagement militaire et le mariage.

Les adversaires du divorce présentent trois objections. L'une est d'ordre religieux, nous l'écartons ; elle n'existe que pour les catholiques. Une autre invoque le dérèglement des mœurs. L'adultère est-il donc plus moral que le mariage, est-il donc plus moral que la faculté de se remarier ? Le cynisme du divorce vaut encore mieux que le cynisme des mauvais ménages.

(1) Paul et Victor Margueritte, 1900.

La troisième objection concerne les enfants.

Quant au divorce, il doit être remanié, assaini, affranchi, il doit trouver dans la loi son extension complète. On a maladroitement rétabli le divorce en 1834. On l'a décapité de sa vraie cause, *l'incompatibilité d'humeur*.

En lui refusant le consentement mutuel, on en a fait, non une porte de sortie, mais un louche passage muré et cadénassé, qu'on ne franchit pas toujours avec le bon droit, mais où la ruse et la mauvaise foi sont d'excellents passe-partout...

Le divorce actuel est d'ordre restrictif, c'est là son grand défaut. Réduit à des causes déterminées, il ne peut éviter l'exhibition bruyante de preuves tantôt ridicules, tantôt malpropres.

Ce n'est pas assez pour une femme digne de respect d'avoir cruellement souffert ; il faut qu'elle souffre de tout ce qu'un procès avec enquêtes, débats, plaidoiries, lui apporte de dégoût et de douleur.

La définition seule des excès, sévices, injures graves, ouvre à perte de vue des horizons de chicane, des marécages de gloses, de sables mouvants de jurisprudence...

Notre divorce est une comédie que le magistrat dénoue à son bon plaisir.

En bannissant le divorce par consentement mu-

tuel, la loi de 1884 a fourni tous les moyens d'y atteindre ; il suffit de tourner la loi.

Dans la proposition de MM. Paul et V. Margueritte, le divorce aurait lieu par consentement mutuel, mais les tribunaux seraient incompétents pour décider de la rupture du lien conjugal ; les auteurs n'ont point l'intention d'ailleurs, d'incriminer la magistrature, seulement ils estiment que la jurisprudence manque de chaleur, et que la vieille machine judiciaire, dont les rouages grincent trop souvent, ne permet pas de marcher avec la rapidité désirable vers la rupture du lien conjugal. Par suite, il importe d'aller vite, les époux résolus de divorcer en feront la déclaration au maire de l'arrondissement où ils sont domiciliés, en lui demandant fixation de jour et de lieu pour réunir un tribunal arbitral qui ne compterait pas plus de trois personnes, deux arbitres nommés par les époux et le troisième par les deux premiers, et dans lequel ne figurerait aucun parent jusqu'au 6^e degré inclus, car leur présence ne servirait qu'à irriter le débat. Ce tribunal enregistrerait la déclaration de la double volonté, déclaration qui serait renouvelée dans la première quinzaine des 7^e et 13^e mois ; et soit après la deuxième, soit après la troisième déclaration suivant l'appréciation des arbitres, il déciderait qu'il y a lieu de prononcer le divorce, ce que l'officier de l'état civil serait tenu de

faire dans la huitaine. Au cas où le divorce serait repoussé, les parties pourraient se présenter devant un nouveau tribunal arbitral, à l'expiration de deux ans, s'ils n'admettaient que la persistance de faits anciens, et sans aucun délai s'ils pouvaient alléguer des faits nouveaux postérieurs au rejet.

M. Henri Coulon, dans son livre paru en 1900 (la Réforme du mariage) n'est pas moins catégorique.

« Le mariage subit.. une crise; il y a symptôme de mécontentement, il y a diminution d'union ; mais il doit sortir de cette crise plus fort, parce qu'il est la base actuelle et pour longtemps encore de la famille, et par suite, de la Société.

Il suffit pour l'instant de lui imprimer une évolution qui doit, éloignant de lui les questions d'intérêt le plus possible, lui redonner pour tous, pour les chrétiens et pour les autres, féministes ou anti-féministes, son caractère nécessaire et social : ce n'est pas le mariage lui-même qui a besoin de réformes, ce sont ses accessoires qui doivent être remaniés... »

Ajoutons cependant aux réformes urgentes la nécessité de rétablissement du divorce par consentement mutuel, qui est la vraie forme du divorce.

M. Henri Coulon, en 1902, a fait paraître un nouveau livre sur le divorce.

Pour M. Coulon, trois motifs militent en faveur du consentement mutuel : 1° l'impossibilité d'établir le

divorce pour causes déterminées, sans déshonneur pour celui qui en est l'objet ; 2^o la facilité de simuler des causes déterminées en l'absence de celles-ci ; 3^o la difficulté de prouver les causes déterminées réellement existantes.

Les idées de M. Coulon diffèrent sur quatre points du système de 1804 ; ce mode de divorce serait possible, même après vingt ans de mariage et lorsque la femme aurait dépassé quarante-cinq ans ; le consentement des ascendants exigé par l'article 278 et qui devait être constaté quatre fois au cours de la procédure, n'est plus nécessaire ; aucun délai n'est imposé aux époux divorcés pour se remarier ; sauf bien entendu le délai de viduité de dix mois, exigé pour des motifs supérieurs. Mais il n'existe plus de garantie en faveur des enfants. L'article 305 est en effet rapporté et les enfants n'ont plus aucun droit à la moitié des biens de chacun des époux.

Nous trouvons dans l'exposé des motifs de la proposition de M. Emile Morlot, un vigoureux plaidoyer en faveur du divorce par consentement mutuel.

Quel est l'état du mariage, lorsqu'une antipathie tenace et réciproque est née parmi les époux, lorsque l'un et l'autre sont fermement résolus à vivre désormais étrangers l'un à l'autre ?

« Ne vaut-il pas mieux faire place nette sur de telles ruines et ne plus voir de mariage là où

l'homme et la femme se sont mutuellement dit qu'il n'y en avait plus ? (1).

. ,

Voici la reconstitution des articles du Code, tels que l'entend M. Morlot :

Les articles 233, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288 du Code civil sont modifiés et remis en vigueur ainsi qu'il suit :

Art. 233. — Le consentement mutuel... est une cause péremptoire de divorce.

Art. 279. — Inventaire et estimation des biens des époux.

Art. 280. — Garde des enfants, résidence provisoire de la femme, pension alimentaire.

Art. 281. — Les époux se présenteront devant le Président du Tribunal civil.

Art. 282. — Le juge fera... telles exhortations qu'il jugera convenables.

Art. 283. — Si les époux persistent dans leurs résolutions, il leur en sera donné acte...

Art. 284. — Procès-verbal. Le juge commettra, pour procéder aux opérations de liquidation et partage, le notaire désigné par les parties.

Art. 285. — La déclaration ainsi faite sera renou-

(1) Documents parlementaires. Session extraordinaire 1905. Chambre, page 482. Proposition de loi de M. Émile Morlot. Exposé des motifs.

velée dans la première quinzaine du sixième mois qui suivra, en observant les mêmes formalités.

Art. 286. — Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration les époux se présenteront ensemble, assistés de quatre témoins devant le Président.

Art. 287. — il leur sera donné acte (procès-verbal).

Art. 288. — Le procès-verbal aura tous les effets d'un jugement définitif prononçant le divorce.

Ce dernier article est le plus intéressant, en ce sens qu'il modifie toutes les idées actuelles sur les jugements et qu'il donne une valeur considérable à ce procès-verbal remplaçant un jugement définitif.

M. L. Martin a présenté le 2 juillet 1906 à la Chambre des députés sa proposition de loi rétablissant le divorce.

Sa caractéristique est le rétablissement dans leurs grandes lignes des dispositions du Code civil, abrogées en 1886.

Sa procédure consiste en des déclarations successives.

Mais il y a un trop grand nombre de déclarations et de témoins.

L'exposé des motifs commence par ces termes :

« Dès lors que le divorce existe, il ne paraît guère admissible que la volonté des époux exprimée et

réitérée dans une certaine forme, ne soit pas considérée comme une cause de dissolution de l'union conjugale, car il n'en est pas cependant de plus décisive.

Aussi le législateur l'avait-il consacrée dans le passé. Les Chambres de 1884-1886, plus timides, n'entendirent pas s'engager dans cette voie. On a pu craindre que le rétablissement de cette clause (div. par cons. mutuel) dans la loi ne rendit les mariages trop précaires. .

... L'interdiction du consentement mutuel comme cause de divorce n'a pas donné plus de stabilité aux unions mal assorties; elle oblige simplement les époux à plus de frais.

Quant aux formes de l'action en divorce, il nous a paru que l'on pourrait adopter, au moins comme base d'étude et malgré leur complexité, les dispositions de l'ancien chapitre III du livre I, titre IV, du Code civil (art. 275 à 294 et art. 305) abrogées par la loi de 1816; nous les avons cependant modifiées sur quelques points : il nous a semblé que la limite déjà établie par l'article 275 et le consentement des parents exigé par l'article 278 n'avaient aucune raison d'être. Et si l'on veut bien admettre qu'il sera toujours possible aux époux ayant dépassé la limite de l'article 277 et à ceux que leurs parents n'autorisent pas, de s'entendre pour se placer, au moins en

apparence dans l'un des cas qui donnent ouverture au divorce motivé, on jugera comme nous qu'il est inutile de les condamner à ces collusions frauduleuses qui s'exercent au mépris de la loi et au détriment des intérêts de famille.

Bien que la même observation puisse en certains cas s'appliquer à la règle de l'article 275, nous avons estimé qu'il était bon de laisser néanmoins subsister cet article, car il est à présumer que les époux qui n'ont pas encore dépassé l'âge de 21 ans et de 25 ans, hésiteront avant de s'engager dans la voie des torts imaginaires et des flétrissures artificielles.

La proposition de loi est ainsi faite. (Il n'y a que 2 articles, copiés *in extenso*).

Article Premier. — Les articles 275, 276, 279, 280, 281, 282, 283, (sauf le dernier alinéa 3^o) 283, 285 (1^{er} alinéa, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294 et 305 du Code civil, sont rétablis :

Art. 11. — L'article 289 du Code civil est rétabli comme il suit :

Art. 289. — Si le ministère public trouve dans les pièces la preuve que les deux époux étaient âgés, le mari de 25 ans au moins, la femme de 21 ans au moins, lorsqu'ils ont fait leur première déclaration ; qu'à cette époque, ils étaient mariés depuis deux ans, que le consentement mutuel a été exprimé quatre fois dans le cours de l'année, après les préalables

conditions ci-dessus prescrites et avec toutes les formalités requises par le présent chapitre, il donnera ses conclusions en ces termes : la loi empêche (1)....

Nous pouvons constater que dans cette proposition de loi, M. Louis Martin revient aux quatre réitérations de la volonté des époux en une année.

Cette proposition a été étudiée et critiquée, et nous trouvons dans les documents parlementaires (2) un rapport fait au nom de la Commission de la réforme judiciaire chargée d'examiner le rapport de M. Louis Marin, tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel par M. Maurice Viollet, député.

EXPOSÉ DES MOTIFS

... . Avec le système du Code civil, le divorce par consentement mutuel n'avait donné lieu à aucun abus. En effet, pendant les treize années qu'ont vécu les textes qui l'organisaient, il est demeuré à peu près ignoré dans la pratique.

..... Le système du Code civil est donc d'une prudence éprouvée et il y a lieu de le prendre, même aujourd'hui pour base de notre législation.....

..... Examen des articles du Code civil :

Art. 233 du Code civil :

Le consentement mutuel et persévérant des époux,

(1) Annexe 164 des Documents parlementaires, p. 723.

(2) Annexe 749. Séance du 8 fév. 1907.

exprimé de la manière prescrite par la loi sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce.

Le texte de la Commission est ainsi conçu :

La Commission propose de faire revivre ce texte sans modification.

Art. 275 :

Texte du Code :

Le consentement mutuel des époux ne sera point admis si le mari a moins de 25 ans ou si la femme est mineure de 21 ans.

Texte de la Commission :

La Commission est d'avis de maintenir ce texte.

Art. 276 :

Texte du Code :

Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage.

Texte de la Commission :

Le consentement mutuel ne sera admis qu'après trois ans de mariage.

Art. 977 :

Code : Il ne pourra plus l'être après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans.

La Commission propose de maintenir l'*abrogation* de cet article. Il peut y avoir pour les époux une raison décisive pour reculer le moment du divorce, c'est l'établissement des enfants.

Art. 278, 279, 280 :

Relatifs au consentement des parents, à l'inventaire, à l'estimation de tous les biens, garde des enfants.....

Les articles 281 à 294, établissent la procédure à suivre.

Enfin, en 1906, un projet sous forme de loi, de pétition du Président Magnaud, a été déposé en 1906 (1). Il demande que le consentement mutuel et persévérant des époux, la déclaration persévérante de volonté faite par les deux époux, exprimés de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, soient une cause péremptoire de divorce.

En ce cas et quant à ses effets, le divorce, dit-il, doit être réputé prononcé au profit des deux époux ; il est statué sur la garde des enfants d'après les privilèges généraux qu'il établit.

Il demande que ce soient les juges, et non des arbitres qui aient à constater le consentement mutuel formulé par les époux. Il établit trois comparutions en

(1) *Journal Officiel 1906*, annexe n° 2863.

un an, avec cette particularité qu'à la troisième comparution, les époux doivent être assistés de quatre témoins.

Ces témoins seront présents à la réquisition faite par les deux époux, mais chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre, de l'admission au divorce. Ils pourront faire des observations aux époux. Si ceux-ci persévèrent, il leur en sera donné acte. Puis un procès-verbal sera dressé, signé par les parties, le juge, les quatre assistants et le greffier. Ce procès-verbal aura tous les effets d'un jugement définitif.

CHAPITRE IX

CONCLUSION

LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

Nous venons de voir que, depuis 1884, de nombreux projets ont été déposés à la Chambre, et que bien des ouvrages ont été écrits pour demander l'admission du divorce d'accord dans notre Code. Presque tous les auteurs constatent que des avantages considérables résulteraient de ce fait, et les divergences qui peuvent les séparer ne proviennent que de points de détail. Les uns proposent en effet un examen et une sentence arbitrale, d'autres préfèrent la juridiction ordinaire, mais en acceptant ou en modifiant les délais impartis dans le code de 1807.

Mais en dehors de ces divergences secondaires et qui ne visent que des détails de procédure, la nécessité de l'application du divorce l'accord est bien reconnue.

En outre de ce fait que les époux qui se marient librement, peuvent divorcer librement, il est des

avantages nombreux qui militent en faveur du divorce par consentement mutuel.

L'expérience a démontré que les prétendues garanties prises contre les abus du divorce servent surtout à créer des scandales désastreux pour l'ordre social, des pasquinades judiciaires, et des tergiversations inutiles autant qu'onéreuses.

Qu'est aussi l'état de mariage, lorsqu'une antipathie tenace et réciproque est née entre les époux, lorsque l'un et l'autre sont fermement résolus à vivre désormais étrangers l'un à l'autre? Ce ne peut être qu'une simple fiction juridique, capable seulement d'exaspérer les haines. Il vaut mieux ne plus voir de mariage là où l'homme et la femme se sont mutuellement dit qu'il n'y en avait plus.

Le consentement mutuel, sérieusement constaté, doit être la cause péremptoire du divorce.

En effet, l'exercice de ce divorce, avec un cadre de procédure simple, aura d'abord l'avantage d'être rapide. Il épargnera aux époux une longue et angoissante attente, des démarches et des visites toujours pénibles, tout en sauvegardant, comme nous le verrons plus loin, la morale et le mariage lui-même, par l'établissement de certaines formalités.

D'autre part, il en résultera un soulagement considérable pour les tribunaux, déjà encombrés comme celui de la Seine. En effet, les rôles des « Chambres

des divorces » sont excessivement chargés, et les retards sont considérables.

Or, il y a un grand nombre de divorces qui pourraient être prononcés équitablement, sans l'échange incessant et habituel de conclusions, et sans plaidoires inutiles. Avec la procédure rapide que nous proposons, il sera possible de juger un nombre double d'affaires dans le même temps.

On pourra éviter aussi la nécessité pour les parties, pour les avoués, pour les avocats, d'employer la ruse vis-à-vis des magistrats. Car, depuis longtemps déjà, on a trouvé des moyens, illégaux il est vrai, mais nombreux, d'obtenir des jugements de divorce préparés d'accord par les avoués des deux époux consentants. Il existe même ce qu'on peut appeler des jugements d'accord en matière de divorce.

Il y a longtemps déjà que le mal a été signalé par des voix des plus autorisées. Voici ce que l'auteur de la loi sur le divorce, Naquet, écrivait il y a plus de vingt ans, c'est-à-dire peu après la promulgation de la loi de 1884 : « Le divorce par consentement mutuel existe en fait, s'il n'existe en droit.. Ce sont des procédés peu loyaux et peu dignes de la justice, qui sont appliqués aujourd'hui, que nous voulons voir disparaître.... » Et M. Raymond Poincaré disait en 1900 : « J'accepterais pour ma part sans enthousiasme, mais sans effroi, que le divorce par

consentement mutuel passât dans notre législation. Il s'est en fait, malgré la loi, glissé dans les usages. Lorsque deux époux sont d'accord pour divorcer, ils n'ont jamais grand'peine à concerter *la comédie nécessaire* pour masquer leur entente et pour les amener rapidement au résultat désiré. » Il serait peut-être plus simple et plus loyal d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce lorsque seraient suffisamment établies la liberté et la persistance du double consentement. Citons aussi M. Planiol qui écrit dans son *Traité de droit civil* que le refus des divorces par consentement mutuel n'est plus qu'une œuvre vaine et sans portée, et qu'il serait plus digne de la justice et de la loi de l'autoriser franchement. Nous pourrions en citer beaucoup d'autres encore.

Quels sont donc les procédés, les moyens employés par les époux désireux d'obtenir le divorce pour arriver à leurs fins ? Comment ont-ils pu amener les tribunaux dans cette voie ? Comment la jurisprudence a-t-elle été impuissante à déjouer leurs ruses ?

Disons tout d'abord que, d'une façon générale, la jurisprudence se montre de plus en plus favorable au divorce. Les demandes en divorce augmentent, et il y en a beaucoup moins de rejetées aujourd'hui qu'autrefois « La jurisprudence n'a fait en cela d'ail-

leurs, ainsi que le dit M. Hitier (1), que suivre un courant. Elle a trouvé dans l'opinion publique et dans les mœurs une sorte de complicité. »

Ces lignes étaient écrites en 1895. Est-il besoin de dire que cette tendance favorable n'a fait que s'accroître. S'il nous fallait des exemples, nous les trouverions dans les jugements qui admettent que l'incompatibilité d'humeur peut à elle seule constituer une cause de divorce. Voici ce que nous lisons en effet dans un jugement du tribunal de Montauban du 16 décembre 1903 (2) : « Au fond, l'incompatibilité est la cause de toutes les causes de séparation prévues par la loi ; à cet égard, le pire mal en ménage est celui qu'on se fait constamment et réciproquement sans le vouloir, par le seul contact de deux vies. »

Et nous pourrions citer des jugements plus audacieux. En voici deux notamment qui nous viennent du pays du « bon juge » de Château-Thierry. Après avoir constaté que les parties sont d'accord pour demander que le lien matrimonial qui les unit soit rompu, le premier de ces jugements déclare que « le divorce par consentement mutuel n'est pas encore inscrit dans la loi, le tribunal pour bien appré-

(1) Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884.

(2) La loi du 14 janv. 1904.

cier la situation respective des époux, ne doit pas moins tenir le plus grand compte de l'expression de cette volonté, deux êtres ne peuvent malgré eux être enchaînés à perpétuité l'un à l'autre » et.....prononce le divorce (1). Le deuxième de ces jugements décide que lorsque l'un des époux demande le divorce et l'autre la séparation, les juges ne sauraient hésiter à choisir la sanction la plus humaine et la plus convenable aux réalités de la vie, c'est-à-dire le divorce (2).

Nous avons choisi à dessein les jugements les plus typiques. Loin de nous, certes, la pensée de dire qu'ils font jurisprudence et que tous les tribunaux français se montrent aussi accueillants aux demandes en divorce que les tribunaux de Montauban et de Château-Thierry.

Mais il n'en reste pas moins vrai qu'il y a dans la jurisprudence actuelle une tendance très favorable aux divorces d'accord. Et nous pourrions citer beaucoup d'autres jugements qui, pour être moins typiques que ceux que nous venons de rapporter, n'en sont pas moins très significatifs à ce point de vue. Ces divorces ont été prononcés pour des causes des

(1) Trib. civ. de Château-Thierry, 12 déc. 1901. *France judiciaire*, 23 fév. 1902.

(2) Trib. civ. de Château-Thierry, 4 fév. 1903. *Gazette des Trib.* 28 fév. 1903.

plus futiles, sous le pavillon des « excès, sévices et injures graves » qui les couvre.

Voilà donc un premier point d'acquis ; les époux désireux de divorcer rencontrent parfois auprès de quelques magistrats des juges volontiers disposés à les entendre. C'est la fonction du juge de dépister la supercherie, disait un représentant du ministère public devant le tribunal de la Seine(1). Nous venons de montrer que des magistrats ont peut-être une tendance à ne pas s'acquitter de cette fonction.

Nous allons montrer les supercheries les plus généralement employées par les plaideurs et nous verrons en même temps que, fussent-ils disposés à les dépister, nos magistrats se heurteraient dans leur tâche aux plus sérieuses difficultés.

Le moyen le plus fréquemment employé par les époux les plus désireux de divorcer, c'est l'abandon du domicile conjugal par l'un d'entre eux : le moyen est simple, peu coûteux et rapide. Pas de mise en scène, pas de formalités, pas de recours aux agences, pas de crainte d'indiscrétion comme pour l'adultère. Sans doute, la jurisprudence exige, en général, que l'abandon du domicile conjugal soit complet, persistant et volontaire, qu'il soit entouré de circonstances extérieures aggravantes (2), mais rien de plus

(1) Trib. de la Seine, 11 mars 1886. *Gaz. Pal.* 86. 1. 510.

(2) Coulommiers 8 fév. 1884. *Gaz. Pal.* 8. 11. 1. C. de Paris,

facile que de réunir toutes les conditions exigées par les tribunaux.

L'époux quitte le domicile conjugal ; celui qui est resté lui fait une sommation de réintégrer ; on attend quelques mois, l'on présente requête à fin de divorce, l'avoué prend un jugement, généralement par défaut, et le divorce est prononcé. L'abandon du domicile conjugal est, si l'on peut parler ainsi, la plus large fissure ouverte dans notre législation au divorce par consentement mutuel, aux jugements d'accord.

Il faut reconnaître que ce n'est pas sans hésitation que la jurisprudence s'est engagée dans cette voie. C'est sans doute à cette hésitation que le représentant du ministère public dans les conclusions précitées faisait allusion lorsqu'il disait : « En vain, objecte-t-on, qu'une pareille doctrine laisse la porte ouverte au divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel ; l'objection est sans portée, d'abord parce qu'on pourrait l'appliquer à presque toutes les causes de divorce que le concert des époux peut également faire naître, et surtout parce que ce sera précisément la fonction du juge de dépister la supercherie et de ne tenir l'abandon

8 juillet 1886. S. 86. 2. 164. Trib. Seine 17 janv. 1887. *Gaz. Pal.* 87. 1. Suppl. 134. *Sur l'abandon du domicile conjugal comme cause de divorce*, Cl. Laurent Bailly. *Le divorce et la séparation de corps en France et à l'Étranger.* 101.

pour injurieux que s'il y trouve la preuve d'un véritable délaissement et non point d'une simulation de délaissement. »

Sans doute, si la supercherie est facile à faire, rien de plus difficile que de la déjouer. Cela sera peut-être possible dans les petites villes, dans les tribunaux où les rôles sont peu chargés, où les magistrats ont tout le temps nécessaire pour examiner les demandes en divorce, mais cela devient irréalisable dans les grands tribunaux, notamment au tribunal civil de la Seine où les demandes en divorce s'élèvent à plus de 3.000 chaque année.

Un deuxième moyen qui fut fréquemment employé au début, mais qui tend aujourd'hui à être abandonné consistait à simuler un adultère. Il fut longtemps « classique », il y avait à Paris, certains procès l'ont révélé, de véritables agences d'adultère. Un de nos plus spirituels vaudevillistes en a même fait le sujet d'une de ses pièces. Les tribunaux déjouaient quelquefois la supercherie : le nom de la complice — c'était généralement le mari qui acceptait d'être pris en flagrant délit — était souvent connu dans le demi-monde, le constat révélait des invraisemblances, etc.

Mais les tribunaux s'y sont parfois et s'y laisseront encore prendre. Nous allons citer un jugement particulièrement curieux à ce sujet. Il a été rendu par

le tribunal civil de Boulogne sur-Mer, à la date du 1^{er} août 1907 (1). Voici comment la supercherie de l'adultère fut révélée..... trop tard d'ailleurs. Une dame L.. .. avait assigné devant le tribunal de Boulogne son mari dont elle venait d'être divorcée, en paiement d'une pension alimentaire. Et elle produisait à l'appui de sa demande une convention dont voici la substance : « Les parties n'ayant aucun tort à se reprocher, mais jugeant la vie commune impossible entre elles, ont résolu d'accord de demander le divorce ; que pour y parvenir M. L..... élira domicile à Paris, qu'il y vivra en concubinage apparent, qu'un flagrant délit sera régulièrement constaté, que M^{me} L..... ce résultat obtenu, devra, de convention expresse, se désister de sa plainte devant le juge d'instruction saisi, constituer avoué dans la quinzaine du retrait, introduire ensuite une demande en divorce et diligenter la procédure en vue de la solution la plus rapide possible. » La convention stipulait en outre qu'une pension de 1.200 francs serait payée à M^{me} L.....

Il va de soi que le tribunal de Boulogne refusa de la sanctionner en ce qui concerne le payement de la pension. Mais elle avait été sanctionnée en ce qui concerne le divorce par le tribunal civil de la Seine,

(1) *Gaz. des Tribunaux*, 17 sept. 1907.

auquel M^{me} L..... n'avait pas eu la naïveté de le produire comme devant le tribunal de Boulogne !

C'est ce que nous apprend le jugement du tribunal de Boulogne : attendu, y est-il dit, que cette convention a été exécutée de point en point ; que notamment après tentative infructueuse de conciliation et ordonnance du 23 mai 1906, puis assignation du même jour, un jugement est intervenu *huit jours après, qui prononçait le divorce aux torts du mari et confiait à la femme la garde des enfants* ».

La procédure avait bien été « diligentée », et Madame L... ne pouvait aller plus vite. Voilà donc un exemple tout à fait topique d'adultère de fantaisie ayant entraîné un divorce. Mais, nous le répétons, c'est là une procédure coûteuse et dangereuse, coûteuse car les agences ou leurs « sujets » se montrent parfois très exigeantes ; dangereuse car elle expose ceux qui s'y prêtent à des poursuites. Nous ne parlons pas du rôle ridicule qu'elle leur fait jouer et des petits ennuis de mille sortes qui peuvent suivre.

L'abandon du don icile conjugal et l'adultère ne sont pas les seuls procédés auxquels aient recours, d'un commun accord, les époux désireux de se séparer. Ils ont d'autres moyens. Ils simulent par exemple de violentes querelles au bon moment, c'est-à-dire lorsqu'ils sont en présence de témoins qui pourront venir déposer. C'est par exemple au cours d'un

repas, dans une soirée, dans un bal, etc... La comédie peut être très habilement menée, et les innocents témoins ne se doutent pas du rôle qu'on leur fait jouer. Si la jurisprudence exige en général que les injures, les outrages par paroles ou par gestes soient publics et habituels, elle se montre moins exigeante lorsque les époux se trouvent dans une situation sociale un peu élevée.

Il n'est même pas besoin d'injures ou de violences faites en public, de simples lettres injurieuses suffisent à elles seules à faire prononcer un divorce, même si elles n'ont pas été adressées au conjoint, même si elles n'ont eu aucune publicité. Il a été jugé notamment que peuvent donner lieu au divorce les lettres écrites par une femme à son mari et dans lesquelles elle lui impute des relations adultères et le représente comme un mauvais père et un mauvais mari (1).

Quoi de plus facile, quoi de moins coûteux pour un époux que d'adresser à son conjoint une lettre injurieuse ? Et même les injures peuvent se produire au cours de la procédure.

L'un des époux peut tirer argument des articulations produites par son conjoint au cours du procès pour demander le divorce par voie reconventionnelle.

(1) Trib. Seine 4 juillet 1892. La loi du 18 août 1892

Il a été jugé notamment dans ce sens que le mari contre lequel sa femme a, dans une instance en séparation de corps, articulé des griefs injurieux, peut, après l'enquête où la véracité des faits allégués n'a pas été démontrée, demander reconventionnellement la séparation de corps contre sa femme pour injure grave résultant de ses articulations au procès !

En résumé, et sans qu'il soit nécessaire de pousser plus loin cette énumération, on voit que rien n'est plus facile que de provoquer les causes de divorce et obtenir en quelque sorte le divorce par consentement mutuel.

Il est à remarquer d'ailleurs que les divorces sont très souvent prononcés par défaut, du moins lorsqu'il s'agit de divorces d'accord. On peut être étonné à bon droit de la proportion du nombre de jugements de divorce prononcés par défaut. Il y a environ quatre jugements de divorce par défaut pour un jugement contradictoire. Cette proportion qui nous est révélée par les statistiques est excessive ; elle ne se rencontre pas dans les autres procès.

La raison en est simple et vient à l'appui de ce que nous venons de dire sur les jugements d'accord. A quoi bon se défendre lorsqu'on tient avant tout à se quitter, lorsque l'on a déjà par avance fixé les conditions de la séparation, lorsqu'en somme le jugement ne vient, comme dans le cas d'adultère

rapporté ci-dessus, qu'homologuer une convention faite entre les parties.

Et s'il y a une procédure qui facilite bien la supercherie, c'est évidemment la procédure par défaut. Sans doute, aux termes de l'art. 150 du C. pr. civ. les conclusions du demandeur ne doivent lui être adjugées que si elles sont justes et « bien vérifiées ». C'est là la théorie, mais la pratique est souvent différente. Il est matériellement impossible, dans les tribunaux où les rôles sont très chargés, de « vérifier » la demande. Dans certains tribunaux, les jugements de défaut sont rédigés par les avoués eux-mêmes, vérifiés par un seul juge qui n'a pas le temps de les examiner et qui, selon l'expression, les laisse passer, lorsqu'ils ne contiennent pas « d'illégalité trop flagrante ». La partie fera opposition, se dit-il. Et c'est sur cette absence de surveillance que comptent les époux désireux de divorcer. Ainsi s'explique en partie le très grand nombre de jugements de divorce prononcés par défaut. La procédure par défaut présente encore d'autres avantages : elle est plus rapide et moins coûteuse que la procédure contradictoire.

Avec la tendance de la jurisprudence actuelle, la procédure contradictoire n'est d'ailleurs guère plus gênante que la procédure par défaut. Les juges se montrent de moins en moins sévères — nous venons de le voir — sur les causes de divorce et sont très

disposés à écouter les plaideurs. Et même les attendus de leurs jugements deviennent d'un laconisme excessif. Ces jugements sont motivés, pour le principe, mais c'est à peu près comme s'ils ne l'étaient pas. Ce sont les jugements à l'usage des gens du monde, comme les appelait un journal. Nous ne voulons pas donner ici des dates ni des noms, mais il nous serait facile de le faire. Et, dans ce cas, la procédure contradictoire est, elle aussi, très expéditive.

Nous voyons donc que grâce aux jugements d'accord, le divorce par consentement mutuel s'est glissé dans notre législation.

Cela n'est ni moral, ni digne de la justice. Ce n'est pas moral, car les époux, et c'est le cas surtout des divorces par adultère de fantaisie, pour provoquer les causes de divorce, sont obligés de se livrer à des comédies qui peuvent faire rire dans un vaudeville, mais qui sont affligeantes dans la réalité. Cela n'est pas digne de la justice, car elle est appelée à sanctionner ces comédies, à se baser sur elles pour rendre ses arrêts. C'est là un rôle ridicule.

C'est pour cela qu'il vaudrait mieux autoriser franchement le divorce d'accord. Il y a en ce moment dans la presse, dans la littérature, au Parlement, comme nous avons essayé de le montrer, toute une campagne menée en faveur du divorce par consen-

tement mutuel. Nous nous joignons volontiers à ces illustres partisans : Poincarré, Planiol, Périller, les frères Margueritte, Coulon, Marcel Prévost, Marcelle Tinayre, etc. Il est même une réflexion très juste de M^{me} Marcelle Tinayre, qu'il nous semble très intéressant de citer ici, parce qu'elle ne peut laisser d'embarrasser les adversaires du divorce d'accord : Le maire, dit-elle, demande-t-il aux conjoints pourquoi ils se plaisent et pourquoi ils ont résolu de s'épouser ? Il est un peu ridicule et tout à fait odieux de leur demander pourquoi ils ont cessé de se plaire et résolu de se séparer.

D'autre part, le divorce actuel réduit à des causes déterminées, ne peut éviter l'exhibition publique de désordres, de scandales, de chagrins douloureux qu'il vaudrait mieux tenir secrets, aussi bien dans l'intérêt des convenances, que par égard pour les victimes de ces infortunes et de ces tristesses.

C'est dans la cohue d'une salle d'audience, devant un public affamé de révélations sensationnelles que se déroulent les débats d'un procès en divorce. Il est impossible de rien cacher. Il faut tout dire, dans l'intérêt même de la cause qu'on défend. La publicité interdite des débats ne serait même pas une mesure suffisante, car malgré le mystère qui doit entourer les affaires de diffamation, il n'a jamais empêché que

les détails de nature à piquer la malignité publique ne fussent connus de tous.

Ce n'est pas assez pour une femme ou pour un homme d'avoir cruellement souffert, il faut en outre qu'ils subissent tout ce qu'un procès peut apporter de dégoût et de douleurs.

La loi exige, en effet, que le demandeur fasse la preuve du motif qu'il allègue. Seule, la condamnation à une peine afflictive et infamante est une cause péremptoire qui se suffit à elle-même et n'entraîne point de débats.

Certes, nous ne demandons pas que le divorce d'accord soit prononcé sans aucune garantie. Nous voulons, nous aussi, que la liberté et la persistance du double consentement soient bien et dûment établies. S'il en était autrement, cela nous conduirait à des abus, comme il s'en est produit sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, qui a ouvert toutes grandes les portes au divorce par consentement mutuel.

Nous proposerions un système établi de la manière suivante : Les époux ayant la volonté commune de divorcer devraient avoir atteint un certain âge, 30 ans pour le mari comme pour la femme. C'est l'âge où les hommes et où les femmes peuvent se marier tout à fait librement, sans avoir aucun consentement à demander à personne ; c'est donc, il nous semble, l'âge où ils peuvent discerner tout à fait plei-

nement, quelle orientation ils doivent donner à leur existence, et s'ils ne peuvent vivre réunis.

Il serait nécessaire, en outre, que le mariage eût duré suffisamment, pour que les époux aient eu le temps de réellement se connaître ; il faudrait pour cela qu'ils eussent été mariés au moins pendant deux années. Mais, au contraire, nous ne serions pas d'avis que les époux mariés depuis plus de vingt ans ne puissent pas demander le divorce par consentement mutuel. Des raisons particulières ont pu les obliger à vivre ensemble, telles que l'établissement des enfants, alors que d'un commun accord ils désiraient se séparer depuis de longues années.

Quant au consentement, ou tout au moins à l'avis des ascendants, nous ne serions pas partisans qu'on dût l'obtenir. Les époux auraient nécessairement atteint l'âge où ce consentement ne leur eut pas été nécessaire pour le mariage. De plus, de graves inconvénients pourraient résulter de l'intervention des parents des deux époux dans des discussions ou des brouilles de ménage et dans des instances judiciaires.

Pour obtenir un divorce d'accord, il faudrait tout d'abord adresser une requête au Président du Tribunal. Cette requête faite par ministère d'avoué, serait suivie, dans un délai de huit jours, d'une comparution des époux devant le Président, sorte de concilia-

tion semblable à celle qui a lieu dans notre procédure actuelle. Mais le Président donnerait acte aux époux de ce qu'ils déclareraient ne pas se réconcilier et établirait un procès-verbal de leur requête à fin de divorce.

Les époux seraient tenus, à cette comparution, de présenter au Président une convention réglant les trois points suivants :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant la période qui précédera le jugement, soit après le divorce prononcé ;

2° Dans quel lieu la femme devra résider pendant la période d'attente ?

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour pourvoir à ses besoins.

Cette première comparution devrait être suivie d'une seconde semblable en la forme, après un délai de trois mois, puis d'une troisième, trois autres mois après. Des procès-verbaux seraient établis à chaque comparution, signés des deux époux. Enfin, un jugement en audience publique prononcerait le divorce par consentement mutuel d'entre les époux.

De cette manière, toutes les garanties de durée, de moralité et d'efficacité seraient observées. Des délais assez longs permettraient aux magistrats de constater l'impossibilité de réconciliation entre les

époux. L'intervention du tribunal et le jugement rendu en audience publique, avec toutes ses conséquences, assureraient la publicité et les effets du divorce.

Et par contre, que de supercheries évitées ! Que de frais nécessités par toute une procédure inutile, faite uniquement pour la parade, seront supprimés ! Il vaut mieux empêcher la fraude envers la loi, en obtenant l'application d'une loi utile pour beaucoup, et qui ne peut nuire à personne.

Des lenteurs seront évitées, créatrices de drames plus ou moins obscurs. La franchise résidera dans tous les actes, tandis que le scandale sera au contraire exclu du divorce. On ne verra plus d'époux trainer son conjoint dans la boue et tâcher de le couvrir d'opprobre pour obtenir un jugement favorable.

La loi qui rétablira le divorce d'accord sera une loi morale, franche et véritablement saine.

APPENDICE

APERÇU DE QUELQUES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Le divorce n'est pas admis par toutes les nations, et lorsqu'il est appliqué, ne l'est pas de la même manière par tous les pays. Certaines législations, en effet, se refusent à tous divorces et n'autorisent que la séparation de corps ; pour causes déterminées ; telles sont celles de l'Espagne, du Portugal, le Chili, l'Argentine, l'Italie.

D'autres admettent le divorce et la séparation de corps pour causes déterminées : ce sont par exemple l'Allemagne, l'Angleterre, les Etats-Unis, la Russie, la Grèce, la Hongrie pour certaines personnes.

Certains pays acceptent le consentement mutuel parmi les causes de séparation de corps et non celles de divorce ; tels : le Brésil, le Mexique, la Pologne, l'Italie et dans certains cas l'Autriche.

Enfin quelques législations ont admis le divorce par consentement mutuel, mais en l'astreignant à

certaines formalités : celles de la Belgique, la Roumanie, la Suisse, les Pays-Bas, le Danemark, la Suède, la Norvège.

Etudions sommairement comme point de comparaison certaines de ces législations.

En Italie, le divorce a disparu avec la domination française, et lors de la rédaction du Code de 1865 on n'a pas jugé opportun de l'introduire dans la législation ; mais, depuis de nombreuses années, la question préoccupe les esprits, des tendances favorables se manifestent, et il ne serait pas surprenant qu'on modifiât bientôt sur ce point la législation actuelle (1).

Aucun des projets de loi ne mentionne le divorce par consentement mutuel. Mais, d'autre part, la séparation de corps par consentement mutuel est possible. (Art. 158 du Code italien de 1866.)

L'Allemagne n'admet pas le divorce par consentement mutuel. Il en est ainsi d'après le Code civil de 1896 en vigueur depuis 1900.

Avant la promulgation de ce Code, qui est applicable à tout l'empire, diverses législations avaient cours en Allemagne, suivant les Etats. Dans les uns, c'était le droit ecclésiastique qui était suivi et, partant de ce principe, les causes de divorce étaient différentes, suivant la religion des époux ; dans les autres, c'était la législation civile.

(1) Delaunoy, thèse, p. 89.

Le Code civil allemand a donc eu une influence heureuse en opérant une unification du droit.

Les causes de divorce sont, comme dans le droit français, absolues ou relatives. Les causes absolues, c'est-à-dire celles qui s'imposent à la volonté du juge, sont l'adultère, certaines actions punies par le Code pénal: polygamie, actes contre nature, abandon contre la volonté de l'autre époux.

Les causes relatives sont énumérées en l'article suivant :

« Un époux peut demander le divorce quand, par une violation grave des devoirs nés du mariage, ou par une conduite malhonnête ou immorale, l'autre époux s'est rendu coupable d'un trouble si profond des rapports conjugaux, que la continuation du mariage ne peut plus être exigée de son conjoint » (1).

Enfin, en vertu de l'art. 1569, le divorce est permis pour cause de maladie mentale.

« Il y a là une certaine latitude d'appréciation qui est conférée au magistrat... Mais en principe (d'après la discussion des motifs) le Code civil allemand ne reconnaît que les causes qui sont imputables à la faute de l'un des époux. C'est pourquoi le divorce par consentement mutuel n'impliquant aucune faute, a été écarté ». (Russe.)

(1) Traduction de M. Meulewaere, Code civil allemand, art. 1568.

En Angleterre, dans le but très louable d'assurer la stabilité du mariage, un régime des plus restrictifs en matière de divorce avait été adopté ; la loi de 1857 n'accordait le divorce qu'au cas d'adultère. Encore l'adultère simple du mari ne suffisait-il pas pour faire prononcer le divorce au profit de la femme, on craignait que le mari n'eût ainsi à sa disposition un moyen trop commode de recouvrer sa liberté, puisqu'il lui suffisait de prendre une maîtresse, pour donner à sa femme la faculté du divorce, et on exigeait que l'adultère fût accompagné de circonstances aggravantes telles que l'inceste, la bigamie. Un pareil régime donna lieu à des abus ; souvent le mari, par ses violences, ses brutalités, rendait à sa femme l'existence commune intolérable, sans que celle-ci eût le moyen de la faire cesser ; les législateurs s'émurent de la triste situation que la loi de 1857 faisait à la femme et y remédièrent dans une loi récente, en vigueur depuis 1896 ; les causes de divorce ont été étendues.

Le divorce par consentement mutuel n'est pas admis.

AUTRICHE-HONGRIE

La loi permet aux Chrétiens non catholiques de demander le divorce pour des motifs graves, conformément aux préceptes de leur religion : adultère, condamnation à une peine d'au moins cinq ans de prison, abandon, attentats, sévices, et encore au cas où il existe une aversion invincible par suite de laquelle les époux demandent la dissolution du mariage. Mais, dans ce dernier cas, le divorce ne peut être accordé immédiatement, on tente auparavant, suivant les circonstances, à plusieurs reprises une séparation de lit et de table. D'ailleurs, on procède dans tous les cas d'après les règles tracées pour l'instruction et le jugement d'une nullité de mariage (art. 115).

Le divorce en Belgique est régi par les articles 229 et suivants du Code civil français primitif. Il serait superflu de les reproduire ici. Bornons-nous à constater que le divorce par consentement mutuel continue à être appliqué, et cela sans aucuns inconvénients et sans dérèglement des mœurs.

ROUMANIE

Le divorce a été de tout temps reconnu en Roumanie : par contre, la séparation y a toujours été inconnue.

La loi roumaine reconnaît deux sortes de divorce : le divorce pour causes déterminées et le divorce par consentement mutuel. Pour cette dernière cause de divorce : Le Code roumain reproduit ici, avec quelques changements de rédaction, dans ses articles 214 et 254 à 276, les articles 333 et 375-294 de l'ancienne loi française.

SUISSE

La loi fédérale du 24 décembre 1874 dispose dans son article 45 que lorsque les deux époux sont demandeurs en divorce, le Tribunal doit le prononcer s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est impossible.

Cette loi est appliquée d'une façon continue par le peuple suisse. Et ce peuple, chez qui les époux qui

ne peuvent pas vivre ensemble, ont le droit d'obtenir le divorce, n'en reste pas moins paisible et soumis à une saine morale.

Pourquoi les époux malheureux ne pourraient-ils se séparer de même en France ?

Le divorce d'accord doit être rétabli dans notre code.

Ce sera une réforme importante et judicieuse.

Vu : Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu : Le Président de la Thèse,
Ambroise COLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

OUVRAGES CITÉS

- AULU-GELLE. — Nuits attiques.
DENYS D'HALICARNASSE. — Antiquités romaines.
SÉNÈQUE. — De Beneficiis.
LACTANCE. — Épitome.
TACITE. — Mœurs des Germains.
JUSTINIEN. — Nouvelles. Lois.
PLAUTE. — Comédies.
SAINT CLÉMENT D'ALEXANDRIE. — Le Pédagogue.
SAINT AUGUSTIN. — Confessions.
MARCULFE. — Formulaire.
MONTESQUIEU. — Esprit des Lois.
Id. — Lettres persanes.
DIDEROT. — Encyclopédie.
TAINÉ. — Origine de la France contemporaine.
DURUY. — Histoire de France.
GLASSON. — Le Mariage Civil.
Id. — Le Divorce.
HENRI COULON. — Le Divorce.
GIDE. — Condition privée de la femme.
CUQ. — Les Instituts des Romains.
LEFEBVRE. — Cours d'Histoire du Droit.

ESMEIN. — Histoire du Droit.

CHÉNON. — Cours d'Histoire du Droit.

LAURENT. — Principes du Droit Civil.

RUSSE. — Le Divorce par consentement mutuel (thèse).

Paul et Victor MARGUERITTE. — Proposition de Loi.

HITIER. — Le développement de la Jurisprudence en matière de divorce depuis 1884. — Chambre. — Documents parlementaires.

Laurent BAILLY. — Le Divorce et la Séparation de corps en France et à l'Etranger.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1

CHAPITRE PREMIER

<i>Période antérieure au droit romain</i>	3
Les civilisations orientales	5

CHAPITRE II

<i>Le Droit romain</i>	9
Section I. — Le droit romain ancien	9
L'époque d'Auguste	15
Section II. — Le divorce à Rome de l'empereur Justinien à Constantin	18

CHAPITRE III

<i>Les Coutumes germaniques</i>	29
Les textes chrétiens	29
Le moyen âge	29

CHAPITRE IV

<i>Mouvement philosophique du XVIII^e siècle</i>	39
--	----

CHAPITRE V

<i>L'époque révolutionnaire loi du 20 septembre 1792.</i>	45
---	----

CHAPITRE VI

<i>Le Code Napoléon</i>	51
-----------------------------------	----

CHAPITRE VII

<i>La loi de 1816, ses conséquences (nouveaux projets)</i>	55
--	----

CHAPITRE VIII

<i>Les projets de loi postérieurs à 1884</i>	61
--	----

CHAPITRE IX

<i>La jurisprudence actuelle</i>	75
<i>Les tendances.</i>	75
CONCLUSION	75
APPENDICE. — <i>Aperçu de quelques législations étrangères . .</i>	95
OUVRAGES CITÉS	103

